

RECOPILACIÓN DE ARTÍCULOS CIENTÍFICOS, SOBRE:
**LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA Y EL
DERECHO HUMANO AL AGUA EN EL ECUADOR**



Leonel Fuentes Sáenz de Viteri

RECOPILACIÓN DE ARTÍCULOS CIENTÍFICOS, SOBRE:
**LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA Y EL
DERECHO HUMANO AL AGUA EN EL ECUADOR**



Breve repaso sobre los fundamentos de los derechos de la
naturaleza

Autor

Leonel Fuentes Sáenz de Viteri

PRIMERA EDICIÓN
Octubre 2017

Libro sometido a revisión de pares académicos.



Edición
Diagramación
Diseño
Publicación

Maquetación.

Grupo Compás
Cámara Ecuatoriana del Libro - ISBN-E:
978-9942-770-97-4

Prólogo

A pesar de que la presente obra se denomina “Breve repaso sobre los Fundamentos de los derechos de la Naturaleza” en realidad el magister Leonel Fuentes presenta una reflexión de una profundidad tal, que la aparente brevedad no es tal. En definitiva, nos encontramos con una reflexión de alto nivel y muy bien informada.

El autor ubica de manera clara, los fundamentos filosóficos, es decir el conocimiento y formas de ver el mundo que sustenta la idea según la cual la naturaleza es sujeto de derechos, tomando atención a dos categorías conceptuales centrales: 1) Sumak Kawsay; y, 2) la Pacha Mama, sin las cuales sería imposible entender el tema.

Como si no fuera suficiente, el autor va más allá y contextualiza la información presentada, haciendo mención la nueva concepción sobre las fuentes y los sujetos del derecho en Ecuador. Lo anterior suele ser objeto de crítica por los estudiosos del derecho que abordan el tema desde las concepciones positivistas tradicionales y decimonónicas.

Debemos saber, que el sistema de fuentes del derecho en el Ecuador ha variado y que además son sujetos de derechos, no solo los seres humanos entendidos como individuos aislados o conformando grupos; sino el espacio vital donde desarrollamos nuestra vida.

La presente obra nos permite saber que el entendimiento de la naturaleza como sujeto de derechos se sustenta, no solo en la filosofía andina, sino que además tiene antecedentes en la legislación positiva de índole internacional, y en el tradicional Derecho Ambiental, lo que podría significar que la construcción del edificio argumental que defiende la idea según la cual la naturaleza es sujeto de derechos tiene, por lo menos, una doble vía. La primera de índole interno y la segunda de carácter externo.

Las formas de entender el derecho y sus diferentes cosmovisiones suelen tener un final específico, en este caso, manifestado en una norma escrita que sintetiza bajo un formato normativo las corrientes de pensamiento, la filosofía y los intereses que se encuentra tras un arreglo constitucional.

El autor tiene clara aquella situación y por esa razón hace un análisis interpretativo de las cláusulas constitucionales que regulan los derechos de la naturaleza y a la naturaleza como sujeto de derechos. De manera pedagógica se ubican los principios que sustentan a los arreglos constitucionales y se evidencia un ejercicio interpretativo que conecta el texto con los axiomas.

El presente prólogo es breve pues el lector debería empezar inmediatamente a disfrutar de unas reflexiones de excelente nivel y que aporta, desde una perspectiva novedosa, la obra de este profesor de derecho; quien con sus pensamientos comienza a formar parte del selecto y minúsculo grupo de juristas que reflexionan sobre estos temas en el país y en América Latina.

Julio Teodoro Verdugo Silva Ph.D.

Director del Aula de Derechos Humanos Universidad de Cuenca

Índice

Breve repaso de los fundamentos filosóficos y jurídicos de los derechos de la naturaleza en el Ecuador	5
Resumen	5
Introducción	6
Fundamentos de los derechos de la naturaleza	7
El Sumak Kawsay y la Pacha Mama	9
Fuentes y sujetos del derecho	11
El Derecho Internacional, como antecedente de los derechos de la naturaleza	14
Conclusiones y comentarios finales sobre articulado constitucional de los Derechos de la Naturaleza	15
Los Derechos de la Naturaleza	20
Resumen	20
Introducción	21
Antecedentes generales de los derechos de la naturaleza	22
Antecedentes filosóficos	22
Fuentes jurídicas: relación ser humano y animal	25
El aterrizaje de los derechos de la naturaleza en los ordenamientos constitucionales	29
Comentarios y conclusiones sobre articulado constitucional de los Derechos de la Naturaleza en Ecuador	30
El Derecho Humano al agua en su contexto social y jurídico en el Ecuador....	34
Resumen	34
Introducción	35
Marco teórico	36
Antecedentes socio jurídicos del derecho humano al agua	36
El derecho al agua en el escenario internacional	39
El marco jurídico ecuatoriano en esta materia	44

Análisis comparativo sobre la positivización del derecho humano al agua en la Constitución de 2008	45
Conclusiones	47
Bibliografía	51



Breve repaso de los fundamentos filosóficos y jurídicos de los derechos de la naturaleza en el Ecuador

Mauro Leonel Fuentes Sáenz de Viteri¹

Resumen

Este trabajo intenta destacar los principales fundamentos filosóficos y jurídicos que explican la inclusión de los derechos de la naturaleza en varios ordenamientos legales de América Latina como el de Ecuador y Bolivia. Se procura explicar desde una óptica neoconstitucionalista, cómo la cosmovisión andina, pudo sobreponerse a la concepción antropocéntrica del derecho.

Palabras clave: estado constitucional, sujeto del derecho, medio ambiente, sumak kawsay.

Abstract

This paper tries to highlight the main philosophical and juridical foundations that explain the inclusion of the rights of the nature in several legal systems of Latin America like the one of Ecuador and Bolivia. It tries to explain from a neoconstitutionalist perspective, how the Andean worldview, could overcome the anthropocentric conception of law.

Keywords: constitutional state, subject of law, environment, sumak kawsay

¹ Profesor de Teoría General del Derecho, Universidad de Guayaquil, mauro.fuentess@ug.edu.ec

Introducción

En las últimas décadas se han desarrollado trascendentales avances en los derechos humanos (DDHH), en la justicia internacional, y en los instrumentos jurídicos internacionales relativos a la protección del medio ambiente y los recursos naturales; ocupando un lugar preponderante en el debate jurídico, social, ecológico y económico el reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza en la Constitución de la República del Ecuador de 2008 (CRE 2008). Esta inédita incorporación de la naturaleza o *Pacha Mama* como titular de derechos ha puesto en escena *un antes y un después* en la lógica de los sistemas jurídicos reinantes en occidente.

La constitucionalización de los Derechos de la Naturaleza en Ecuador en el año 2008 y la incorporación en el ordenamiento jurídico boliviano de la Ley marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien en el 2012, no fueron hechos aislados o extravagancias de los legisladores, o surgieron de la nada; sino más bien, fueron fruto de un cúmulo de ideas, discursos, acciones locales y mundiales, tratados, convenciones e impactos ambientales en los ecosistemas², que durante décadas martillaron en la conciencia social de la región y alimentaron la preocupación por el medio ambiente.

La transformación de la naturaleza de *objeto del derecho a sujeto del derecho* tiene relación directa con las pretensiones de los pueblos y nacionalidades indígenas, tribales, ecologistas, académicos y de varios sectores progresistas de la sociedad que han venido desenmascarando al llamado “desarrollo económico”; proponiendo la urgencia de adoptar una ética biocéntrica, que permita hacer contrapeso teórico y práctico a las transnacionales del “desarrollo” y potencias contaminantes.

En esta línea de investigación, Gudynas, menciona “...los derechos de la Naturaleza por su defensa de los valores intrínsecos, y en especial al considerar la vida, sea humana

² La sentencia del caso Chevron Texaco, abrió un nuevo debate internacional sobre la exigencia de las reparaciones ambientales en América.

como no humana, es un valor en sí mismo, es denominada biocentrismo.”³

Fundamentos de los derechos de la naturaleza

Por la brevedad de esta investigación, se torna imposible recorrer la totalidad de la dinámica ideológica previa a la aparición de los derechos de la naturaleza, como concepto, y menos aún como ficción jurídica, pues nos obligaría a revisar la historia completa de la antropología filosófica y jurídica; sin embargo, presentaré algunas ideas generales al respecto.

Para acercarnos a una perspectiva filosófica–jurídica del tema, asumiremos una similitud entre las palabras fundamentos y fuentes, donde necesariamente nos aproximamos a una definición básica que consta en el Diccionario de la Real Academia Española, que expresa “...fuente proviene del latín *fons, fontis*, que significa principio, fundamento u origen de algo...”⁴

En este sentido, podemos iniciar esta explicación manifestando que las fuentes son el origen de algo, y en el campo del derecho, las fuentes nos explican la génesis de los procesos de creación de las normas jurídicas, las cuales pueden ser nutridas por factores filosóficos, históricos, sociales, políticos, económicos, religiosos, etc.

Fuentes filosóficas

Se puede estudiar la naturaleza desde dos perspectivas: la filosófica y la científica. En las ciencias, se quieren responder a preguntas sobre la naturaleza en base a la casuística de los fenómenos, desde la óptica de otros fenómenos o causas; mientras que en la filosofía <<de la naturaleza>> se busca

³ Gudynas, Eduardo, “Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política”, en: Acosta, Alberto, Martínez, Espinoza (comps.) *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011, p. 258.

⁴ Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española”, <http://www.rae.es/>, último acceso: 22 de enero de 2017.

explicaciones que se refieren al “ser” y a los modos de “ser” de los hechos y procesos naturales.

La preocupación por la naturaleza fue una de las primeras incógnitas que desarrolló el hombre, así desde la filosofía griega, hasta la actualidad, se han ido construyendo distintos paradigmas filosóficos, que remontan su interés en dar explicaciones contundentes sobre la naturaleza y el cosmos. Una de estas corrientes, ha sido la filosofía de la naturaleza, que se define como “... la rama de la filosofía que se ocupa del mundo natural o físico...”⁵

En esta línea de estudio, las primeras reflexiones griegas, de los denominados filósofos presocráticos, se fundaron en la naturaleza. El objetivo de era encontrar el *arkhé* o génesis de todas las cosas, las realidades del mundo u universo, a la mayoría se los llamó “filósofos de la naturaleza”, siendo los más populares Tales de Mileto, Anaximandro de Mileto, Anaxímenes de Mileto, Heráclito de Éfeso, Parménides, Anaxágoras y Demócrito.

Para la observación de Tales de Mileto, el elemento primero que posibilitó la vida fue el agua, iniciando la tesis de que “sin agua no hay vida”, así para Anaximandro fue lo ilimitado, inmortal, e infinito, llamado *ápeiron*, donde se generaban los opuestos de la naturaleza, y la existencia de la especie; mientras Anaxímenes, consideraba al aire como la materia primordial, y Heráclito, pensaba lo mismo, pero con el fuego.

El término naturaleza tiene varios significados, concepciones que se sujetan al ideario de origen europeo, cargadas de los gajes de la lengua española y de la filosofía conquistadora de origen renacentista y nutrida por las experiencias de expansión de las monarquías y el pensar de sus monarcas. La naturaleza, “...Comenzó a ser entendido como un agregado de componentes que podían ser separados unos de otros, estudiados, y gracias a ellos dominados, controlados y

⁵ Artigas, Mariano, *Filosofía de la Naturaleza*, Navarra, Ediciones Universidad de Navarra S. A., 5ª ed., 2003, p.21.

manipulados, consolidando así las posturas propuestas por René Descartes, Francis Bacon y otros tantos...”⁶

El Sumak Kawsay y la Pacha Mama.

El paradigma dominante del desarrollo ha entrado en una profunda crisis a nivel mundial, no solo por su incapacidad para superar la pobreza urbana y rural, sino también porque el desarrollo económico ha rebasado las fronteras de la producción, elevando los niveles de consumo a situaciones insostenibles y de franca destrucción de los ecosistemas.

Este denominado progreso económico ha generado la exclusión de inmensos conglomerados de seres humanos, que no son partícipes, ni en teoría, ni en la práctica del desarrollo de las fuerzas productivas, y otros también autoexcluidos por su respeto a la Tierra, y su relación cultural con la naturaleza. En especial, encontramos en esta situación a los pueblos indígenas y tribales, los que “...tienen formas de vida únicas, y su cosmovisión se basa en su estrecha relación con la tierra. Las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por ellos son un factor primordial de su vitalidad física, cultural y espiritual...”⁷

La concepción del pensamiento del *sumak kawsay* (Buen vivir) o de *suma qamaña* ⁸(Vivir bien), se enmarca en la idea del <<nosotros>>, del que todos somos parte de todo, y que no puede ser entendido el hombre desde la perspectiva del <<yo>>.

El *sumak kawsay*, expresa una forma de entender la naturaleza como un todo, donde el ser humano es una diminuta parte, por lo que debe respetar al máximo a la *Pacha Mama* (Madre Tierra), dentro de una constante y colectiva búsqueda de la armonía, con el objetivo de alcanzar la vida plena.

En ese sentido el estudio de la concepción del *sumak kawsay*, permitió que, la Asamblea Nacional Constituyente de

⁶ Gudynas, Eduardo, *Derechos de la Naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*, Lima, 2da ed., 2014, p.28

⁷ Comisión IDH, “Comunidades indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)”, (Caso 12.053), Informe N° 40/04, del 12 de octubre de 2004.

⁸ La Ley N° 300 de Bolivia, promulgada en 2012, define al *suma qamaña*, como “...el horizonte civilizatorio alternativo al capitalismo y a la modernidad que nace en las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos...”

Ecuador de 2008, debatiera la pertinencia y oportunidad de las ideas de nuestros pueblos indígenas originarios, su cosmovisión y significación de la *Pacha Mama*; para luchar con las tesis antropocéntricas del medio ambiente, eurocentristas del conocimiento, y mercantilistas de la naturaleza; donde "...El manejo utilitarista de la naturaleza es uno de los componentes articuladores al modelo de desarrollo al que le es necesaria la apropiación de los recursos naturales, para sostener el crecimiento económico..."⁹

La poderosa cultura indígena de los territorios americanos, principalmente del centro hacia el sur del continente, han logrado a pesar de la denominada conquista europea mantener la vigencia de su pensamiento, basados en su visión holística de la naturaleza, donde sus fundamentos propugnan el desarrollo integral, armónico y equilibrado, garantizando la capacidad de regeneración de todos sus componentes con el fin de alcanzar el *sumak kawsay*. Es así, que desplazar la idea *Pacha Mama*, pues sería ceder espacio a la interpretación capitalista contra ecológica de despojar a nuestros primeros pobladores (los indígenas) de su forma de pensar y de actuar en el marco de su cosmovisión.

Podemos concluir que la Madre Tierra es un sujeto, tiene vida y nos da vida, no un objeto, y su respeto nos conduce a una vida más armónica y de equilibrio. En concreto el Buen Vivir, lo define el Estado ecuatoriano, como:

La satisfacción de las necesidades, la consecución de una calidad de vida y muerte digna, el amar y ser amado, el florecimiento saludable de todos y todas, en paz y armonía con la naturaleza y la prolongación indefinida de las culturas humanas. El Buen Vivir supone tener tiempo libre para la contemplación y la emancipación, y que las libertades, oportunidades, capacidades y potencialidades reales de los individuos se amplíen y florezcan de modo que permitan lograr simultáneamente aquello que la sociedad, los territorios, las diversas identidades colectivas y cada uno -visto como un ser humano universal y particular a la vez- valora como

⁹ Gudynas, Eduardo, *Derechos de la Naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*, Lima, Talleres gráficos de Tarea Asociación Gráfica Educativa, 2014, p.13.

objetivo de vida deseable (tanto material como subjetivamente y sin producir ningún tipo de dominación a un otro)¹⁰

Fuentes y sujetos del derecho

En la mayoría de los textos de literatura jurídica que se utilizan en nuestro medio, así como en las aulas universitarias de derecho, las explicaciones sobre las fuentes del derecho no tienen mayor espacio, ni relevancia; más bien, se ha tratado de resumir los conceptos que explican en qué sistemas jurídicos la fuente primaria del derecho es la ley, la jurisprudencia y en cuáles es la constitución.

En lo que se denomina Occidente existen dos sistemas jurídicos muy marcados, el denominado *common law* y el europeo continental de inspiración francesa, este último es principalmente legicéntrico, donde conceptualmente tiene gran peso teórico el Estado de derecho y la primacía de la ley. En esta perspectiva, se suele clasificar a las fuentes del derecho en: fuentes históricas, fuentes reales o materiales y en fuentes formales.

América Latina, viene durante décadas repensando el constitucionalismo, otorgándole a “las fuentes” un mayor debate, a fin de dar explicaciones al paso de las nuevas connotaciones constitucionales que se están experimentando, donde, en definitiva, la constitucionalización de los principios y valores, convierten a la Constitución en omnipresente en todos los conflictos donde deba aplicarse el derecho en general.

Dentro de este repensar, se debe destacar la visión de constitucionalismo actual, donde “... La diversidad cultural es sin duda uno de los desafíos centrales que afronta el constitucionalismo actual. Ello se debe a los problemas teóricos y prácticos planteados por la coexistencia de grupos humanos con diversas culturas en el territorio de un mismo Estado...”¹¹

¹⁰ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009 – 2013, Construyendo un Estado plurinacional e Intercultural*, Quito, 2009, pp. 35, disponible en: <http://www.planificacion.gob.ec/?s=Plan+Nacional+del+Buen+vivir+2013>, último acceso: 10 de septiembre de 2013.

¹¹ Grijalva, Agustín, “El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana del 2008”, en: *Revista Ecuador Debate*, N° 75, Quito, 2008, p. 153, disponible en: <http://hdl.handle.net/10469/4170>

La ruptura de los modelos de organización jurídico político de Ecuador y Bolivia, han generado un nuevo debate sobre el paso del positivismo (legalista) al postpositivismo (neoconstitucional); lo que en otras latitudes es todavía incomprensible. Sin embargo, el neoconstitucionalismo en Ecuador sigue ganando terreno, "...Con tal nombre, de uso muy difundido en los últimos años, se alude a los distintos aspectos relevantes de una nueva cultura jurídica que se ha desarrollado en occidente después de la Segunda Guerra mundial, particularmente a las teorías jurídicas derivadas de la aplicación y expansión del constitucionalismo material surgido en Alemania con ocasión de la vigencia de la Ley fundamental de Bonn y seguido con sus retos particulares por países como Italia, Portugal o España..."¹²

La influencia del neoconstitucionalismo expresa la necesidad de abrir paso a nuevos sujetos del derecho, ejemplo es el Art. 33 de la Constitución Boliviana, que expresa "...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..."¹³; lo que entra en franca contradicción con la concepción clásica de Cabanellas, quien define al sujeto del derecho, como "... El individuo o persona determinada, susceptible de derechos y obligaciones. | Por excelencia, la persona, sea humana o física, jurídica o colectiva..."¹⁴

Como podemos apreciar, en el párrafo anterior, los bolivianos se refieren a un "ejercicio de derechos" de "otros seres vivos", lo que da claras en el asunto, de que no se está solamente refiriendo exclusivamente a los seres humanos, y al otorgarle a "otros seres vivos" derechos ambientales, creó el contexto jurídico idóneo para la aparición de la Ley marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, donde sí se pone de manifiesto los derechos de la Madre Tierra o

¹² Montaña, Juan, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano: perspectiva comparada*, Quito, Editorial de la Corte Constitucional del Ecuador, 2012.

¹³ Asamblea Nacional Constituyente de Bolivia, Constitución Política de Bolivia, El Alto, Gaceta Oficial de Bolivia, 7 de Febrero de 2009.

¹⁴ Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Heliasta, 19ª, 2008, p. 355.

naturaleza. Esto, en regímenes jurídicos del *common law* u otros, sería incomprensible.

La Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, Ley N° 300, tiene por objeto en su contenido "...establecer la visión y fundamentos del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra para Vivir Bien, garantizando la continuidad de la capacidad de regeneración de los componentes y sistemas de vida de la Madre Tierra..."¹⁵

"...El constitucionalismo plurinacional debe ser un nuevo tipo de constitucionalismo basado en relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado Nacional..."¹⁶, por eso es que la CRE 2008 refuerza teóricamente las ideas de jurisdicción indígena, autodeterminación de los pueblos, consulta previa, el derecho humano al agua, amplía de derechos colectivos, generándose discusiones muy nutridas sobre esta temática, donde todos estos señalamientos tienen relación directa con los Derechos de la Naturaleza.

No está de más recordar, que en la antigüedad los animales fueron considerados por la norma jurídica de varios países como sujetos del derecho, no olvidemos de la gran cantidad de juicios a animales en la Edad Media y hasta en el Renacimiento, por lo que en la época moderna el debate debería ser en otro sentido, como lo expresa Zaffaroni, "(...) Suelen entenderse estos procesos como prueba de que a partir del siglo XIII y hasta el Iluminismo se reconocía a los animales la condición de persona o por lo menos de responsable, por lo que algunos analistas de la discusión actual se preguntan qué es lo que produjo un cambio tan marcado en el siglo XVIII (...)"¹⁷

¹⁵ Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, *Ley N° 300 Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien*, 15 de Octubre de 2012.

¹⁶ Grijalva, Agustín. «El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana del 2008.» *Ecuador Debate*, 2008, p. 155.

¹⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, "La Pachamama y el humano", en: Acosta, Alberto, Martínez, Esperanza (comps.), *La naturaleza con Derechos, de la filosofía a la política*, Quito, Ediciones AbyaYala, 2011, p. 31.

El Derecho Internacional, como antecedente de los derechos de la naturaleza.

La gran parte de los derechos ambientales son principios normativos internacionales que han evolucionado desde los años sesenta, pues se reconoce a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972 (Declaración de Estocolmo), como el primer encuentro internacional científico donde representantes de 113 países reconocieron la importancia del medio ambiente natural y artificial para el desenvolvimiento de los seres vivos; en ese mismo año, la ONG denominada el Club de Roma, planteó como problema central la capacidad de la Tierra para afrontar en el futuro las necesidades, y modos de consumo de la sociedad moderna.

Para 1987, el Informe de la Comisión Brundtland que fue designada por las Naciones Unidas NU, realizó un estudio que enfrenta al desarrollo económico con la sostenibilidad ambiental. La importancia de este documento radica en la puesta al público de los conceptos de desarrollo sostenible o desarrollo sustentable, siendo incorporados a todos los programas de las NU, llegando a ser el hilo conductor de los que fuera la cumbre de la Tierra de Río de Janeiro en 1992.

La famosa Cumbre de la Tierra de 1992, donde participaron 172 Gobiernos y se crearon 27 principios para la protección del medio ambiente, sigue siendo en la actualidad un instrumento de lucha de gobiernos, grupos y movimientos sociales y políticos para enfrentar el camino climático y el desarrollo económico.

Para, 1997 bajo la promoción de las NU apareció la Carta de la Tierra, como una declaración internacional de principios éticos para la promoción del respeto del medio ambiente y los derechos humanos, y en el mismo año en Japón, se firmó el Protocolo de Kioto, donde asistieron 190 países y acordaron reducir las emisiones de contaminantes a la atmosfera que provocan el llamado efecto invernadero.

Se destacan también, la Cumbre Mundial del Desarrollo Sostenible en Johannesburgo 2002, y en el 2007 en Bali, Indonesia se realiza la conferencia anual internacional sobre el cambio climático. Y la famosa Cumbre de Copenhague realizada en el 2009. De todos modos, estos Instrumentos

internacionales sobre medio ambiente, desarrollo sostenible, cambio climático, etc. influyeron directa o indirectamente en una corriente mundial de respeto a la naturaleza, la misma que se impregnó en los legisladores constituyentes de Ecuador al momento de integrar a la naturaleza como sujeto de derechos.

También, es importante destacar, el aporte del sistema interamericano de derechos humanos, sobre todo en el respeto de los pueblos indígenas y tribales, en el sentido de que protege los derechos de estos grupos y de su tierra y recursos naturales, sobre sus territorios. Aquí, la jurisprudencia ha contribuido a desarrollar los contenidos mínimos, pero de relevancia contundente.

Conclusiones y comentarios finales sobre articulado constitucional de los Derechos de la Naturaleza.

En un balance general, la CRE 2008 crea nuevos derechos, entre los que podemos destacar el Derecho Humano al Agua¹⁸ y los Derechos de la Naturaleza, amplía alguno ya existentes, por ejemplo, los pueblos montubios como titulares de derechos y fortalece los derechos colectivos en varios aspectos, puesto que elimina la clasificación tradicional de derechos, y le otorga el carácter de complementarios, integrales y de igual jerarquía a todos los derechos.

En la perspectiva latinoamericana, el constitucionalismo ecuatoriano y boliviano ha permitido elevar el debate jurídico internacional a inéditos niveles, sobre todo por la concientización de la protección de naturaleza, como centro de la vida. En este sentido, las constituciones analizadas representan fieles exponentes del progreso de los DDHH y de la garantía de los derechos fundamentales, con relación a la estática de los ordenamientos jurídicos de otros países, donde "... La jerarquización de los derechos y la cultura de inflación normativa son rezagos de la lógica positivista de las

¹⁸ El Art. 12, de la CRE 2008, definió expresamente que "... El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida..."

generaciones de derechos que impiden consolidar regímenes constitucionales garantistas (...)"¹⁹

Finalmente, comentaremos algunos principios sobre los Derechos de la Naturaleza en la CRE 2008:

1. *Principio 1: Legitimidad y validez de los derechos de la Pacha Mama.*

Se debe señalar que los derechos de la naturaleza son aplicables en todo el territorio ecuatoriano, por su constitucionalización, dejando claro, que la CRE 2008 goza formalmente de legitimidad y validez, pues fue promulgada bajo los pasos y principios universales de creación de las normas jurídicas, y más aún, que fue aprobada en referéndum²⁰ por una amplia mayoría de la sociedad ecuatoriana.

Los Derechos de la Naturaleza, los DDHH, y todos los derechos constitucionales pueden operar y hacerse efectivos sin mayor trámite, pues la CRE 2008, en el Art. 11, numeral 3, ordena "(...) Son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte (...)"²¹

2. *Principio 2: No hay nada oculto bajo el sol: la naturaleza es un sujeto.*

El Art. 10 de la CRE 2008, en la que nos concierne, expresa "(...) La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución..." (Constitución del Ecuador, 2008). En este contenido podemos dejar por sentado que el constituyente le otorgó la categoría de sujeto del derecho, teniendo presente que dice "naturaleza" y no dice "Pacha Mama". Además, fortalece y complementa su declaración en el Art. 71 inciso segundo, cuando detalla quién podrá exigir su cumplimiento formal, "... Toda persona, comunidad, pueblo o

¹⁹ Murcia, Diana, "El sujeto naturaleza: elementos para su comprensión", en Acosta, Alberto, Martínez, Esperanza (comps), *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011, p. 292.

²⁰ El referéndum constitucional por el cual se aprobó la CRE se celebró el 28 de septiembre de 2008, y fue ratificado por el 63,93% del total de votación.

²¹ Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, Constitución del Ecuador, Registro Oficial del Ecuador, 20 de Octubre de 2008.

nacionalidad podrá exigir a la autoridad el cumplimiento de los derechos de la naturaleza..."²²

3. *Principio 3: Por si hay duda. La naturaleza gana.*

El constituyente ecuatoriano como en la Constitución Política del Ecuador 1998 (CPRE 2008), ratificó la vigencia y eficacia de los instrumentos internacionales sobre medio ambiente, y en especial el Principio 15 de la Declaración de Río, en el sentido del *In dubio pro natura*, que hace referencia la CRE 2008 en su Art. 395, numeral 4, "...En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza..."²³

4. *Principio 4: No hay Buen Vivir, sin que vivan bien, todos los seres vivos.*

La CRE 2008, expresa en su articulado una condición *sine qua non* para alcanzar el Buen vivir, y es que ésta no puede alcanzarse al margen de la misma naturaleza, como lo apreciamos en su Art. 275 "... El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza (...)"²⁴

No es una ficción. La calidad de ser vivo la contempla el Art. 71, "...La naturaleza o *Pacha Mama*, 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..." (Constitución del Ecuador, 2008). La consecuencia de esta norma es que, cualquier acción que viole el derecho de la naturaleza en el sentido literal del articulado descrito, constituiría una violación al derecho constitucional, pues los

²² Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, Constitución del Ecuador, Registro Oficial del Ecuador, 20 de Octubre de 2008.

²³ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU A/CONF.151/26/rev.1 (Vol.1).

²⁴ Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, Constitución del Ecuador, Registro Oficial del Ecuador, 20 de Octubre de 2008.

seres humanos, los animalitos y las plantas (y todo lo que concierne a la *Pacha Mama*) tiene igualdad de derechos.

En conclusión, la CRE 2008 trae consigo múltiples innovaciones en el marco de la teoría general del derecho, sin embargo, la Ley Constitucional no es mágica, por lo que su aplicación también dependerá del grado de concientización de la sociedad, de sus instituciones y sus organizaciones.

También se concluye, que los derechos de la naturaleza, por su naturaleza ética y jurídica son colateralmente progresivos con los derechos humanos. "...Ahora, el Estado debe asumir la responsabilidad ética de promoción del derecho, que supone una progresividad que asegure su cumplimiento; pues de no ser así, el derecho queda en un perfecto estado de inaplicabilidad. Por lo que su reconocimiento ya no solo es de hecho sino de derecho..."²⁵

Por lo que no quisiera pensar, que todos estos avances para el ser humano, el medio ambiente y en especial para el conjunto de seres y elementos que conformamos la naturaleza queden reducidos a letra muerta. Es decir, a derechos sin ninguna eficacia jurídica.

²⁵ Fuentes, Leonel, *El Derecho Humano al agua en su contexto social y jurídico en el Ecuador*, Manta, La Letra, 2015, p.18.



Los Derechos de la Naturaleza

Mauro Leonel Fuentes Sáenz de Viteri²⁶

Resumen

Este trabajo intenta destacar los principales antecedentes que podrían explicar la inclusión de los derechos de la naturaleza en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Palabras clave: Sujeto del derecho, medio ambiente, *sumak kawsay*

Abstract

This work tries to highlight the main antecedents that could explain the inclusion of the rights of the nature in the Ecuadorian juridical order.

Keywords: Subject of law, environment, *sumak kawsay*

²⁶ Abogado, Magister en Derecho Constitucional, profesor titular de Derecho en la Universidad de Guayaquil, doctorando en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, mfuentess@pucp.edu.pe, Escuela de Postgrado, Av. Universitaria 1801 San Miguel, Lima 32, Lima-Perú.

Introducción

El derecho, como el aire, está en todas partes. (Nino, 2003)

Por la brevedad de esta investigación es muy difícil poder cumplir con el señalamiento de los principales antecedentes que conllevaron al ser humano a transformar a la naturaleza de objeto del derecho, a sujeto del derecho, puesto que nos tocaría nada menos que recorrer toda la historia de la humanidad desde la aparición del derecho hasta la actualidad. Tremenda tarea nos llevaría por un hermoso, pero cansado viaje por toda la historia de la antropología filosófica y la historia del derecho, pues el humano siempre ha tenido una actitud ambivalente acerca de los elementos que integran la naturaleza.

A través del tiempo, filósofos, actores políticos, economistas y grupos sociales, han venido tratando la temática sobre la relación del hombre con la naturaleza, principalmente desde la óptica del rol de ser humano dentro del cosmos, naturaleza o pacha mama, sin embargo, en la crítica moderna se trata más de observar ese rol desde la relación de los recursos naturales y el crecimiento económico.

La idea fundamental de esta investigación no busca un divorcio del pensamiento entre desarrollo económico y los derechos de la naturaleza, sino más tiende a concluir, que la idea debe ser sacarle el mayor provecho a la naturaleza, pero en el marco de ciertas consideraciones básicas, a fin de que perdure durante el tiempo y garantice la supervivencia de la especie humana.

Redescubrir los antecedentes de los derechos de la naturaleza nos permitirá tener una base fundamental para encontrar un sentido lógico, más que político y económico a la inserción de estos nuevos derechos en la Constitución ecuatoriana de 2008, más aún porque independientemente de las corrientes del pensamiento que se han conocido sobre estos temas, en lo que si todos hemos podido coincidir en casi toda las sociedades, es que el ser humano no puede sobrevivir sin la existencia de la naturaleza, así que sin otro remedio para esta Tierra enferma debemos practicar el mandamiento ambientalista "...Amaras a la naturaleza de la que formas

parte...". (Galeano, 2008)

Antecedentes generales de los derechos de la naturaleza

En la arena del derecho, lo que se denomina ambientalismo jurídico no ha tenido nunca dentro de sus objetivos transformar al objeto del derecho en un sujeto del derecho, sino más bien, siempre avanzo en su lucha científica por alcanzar mayores espacios de cobertura jurídica para el sujeto del derecho denominado: ser humano. De tal forma, que se especializo, hasta convertirse en una moderna rama del derecho: el Derecho Ambiental.

Los antecedentes del tema en estudio provienen de varias aristas científicas como la Filosofía, la Economía, del Derecho General o Penal, pero principalmente de las significativas acciones provenientes de las declaraciones, encuentros, tratados internacionales, las mismas que han dado lugar a un Derecho Ambiental Internacional, que permanece muy cercano al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Antecedentes filosóficos.

Siguiendo una distinción clásica, podemos decir que la Filosofía ha centrado su estudio en el mundo, el hombre y Dios; sin embargo, gran parte de su accionar se ha centrado en la preocupación del ser humano por encontrar razones de causa y efecto a su cotidiana relación con la naturaleza, el cosmos u universo que lo rodea.

Desde la filosofía de la Antigua Grecia, la Edad Media, Renacimiento, época moderna y hasta la actualidad se han ido edificando diversos paradigmas filosóficos y concepciones mentales, que buscan dar explicaciones finitas al tema del mundo, naturaleza y el universo. Por esto debemos primero definir lo que significa la reflexión filosófica. Mariano Artigas, la describe de la siguiente forma: "...La filosofía estudia toda la realidad a la luz de la razón natural. Más allá de los conocimientos particulares proporcionados por las ciencias,

busca las explicaciones más radicales que se pueden dar de la realidad; por esto suele decirse que estudia la realidad a la luz de sus causas últimas, o que se pregunta por el ser de la realidad..." (Artigas, Filosofía de la Naturaleza, 2003)

Una de estas corrientes, aparecidas en la antigüedad, se las ha definido como Filosofía de la Naturaleza, conceptualizándola el mismo autor como, "... la rama de la filosofía que se ocupa del mundo natural o físico..." (Artigas, Filosofía de la Naturaleza, 2003)

Se les denomino filósofos de la naturaleza, a los pensadores de la antigüedad que inauguraron el debate sobre el *arkhé*²⁷ o génesis de todas las cosas, estos filósofos que presidieron a Sócrates fueron principalmente: Tales de Mileto, Anaximandro de Mileto, Anaxímenes de Mileto, Heráclito de Éfeso, Parménides, Anaxágoras y Demócrito.

"...Para la observación de Tales de Mileto, el elemento primero que posibilitó la vida fue el agua, iniciando la tesis de que "sin agua no hay vida", así para Anaximandro fue lo ilimitado, inmortal, e infinito, llamado *ápeiron*, donde se generaban los opuestos de la naturaleza, y la existencia de la especie; mientras Anaxímenes, consideraba al aire como la materia primordial, y Heráclito, pensaba lo mismo, pero con el fuego...". (Fuentes, 2016)

Así también, ya para la segunda Revolución Industrial se replantea, principalmente en Europa los conceptos relacionados a la naturaleza y el desarrollo económico, pero muy poco se trató de ver a la naturaleza como un ente indispensable para la vida, sino más bien como un ente indispensable para producir bienes y servicios a favor de la vida del ser humano, a la vez que las principales reflexiones estaban encaminadas a buscar el mayor beneficio de la explotación de los recursos naturales mediante la implementación del capital económico en las fuerzas productivas. Sin embargo, Engels si veía también las complicaciones del desarrollo industrial indiscriminado, como una amenaza para la humanidad por sus efectos negativos o colaterales, y va más allá:

²⁷ Con este término se supo definir un concepto fundamental de la filosofía de la antigua Grecia que significaba el inicio, comienzo, o primer elemento del universo o de todas las cosas.

“(...) Sin embargo, no nos dejemos llevar del entusiasmo ante nuestras victorias sobre la naturaleza. Después de cada una de estas victorias, la naturaleza toma su venganza. Bien es verdad que las primeras consecuencias de estas victorias son las previstas por nosotros, pero en segundo y en tercer lugar aparecen unas consecuencias muy distintas, totalmente imprevistas y que, a menudo, anulan las primeras...” (Engels, 1876)

Así también en la época moderna existen diversos paradigmas filosóficos, que intentan explicar lo que los filósofos presocráticos o de la naturaleza quisieron exponer en su momento: el rol del ser humano dentro del tiempo y el espacio con la naturaleza. En este sentido, en los años setenta aparece la hipótesis Gaia²⁸, la que “(...) Según esta hipótesis el planeta es un ente viviente, no en el sentido es un organismo o un animal, sino en el de un sistema que se autorregula, tesis vinculada a la teoría de los sistemas, a la cibernética y a las teorías de los biólogos Maturana y Varela...” (Zaffaroni E., 2011)

El desarrollo de las fuerzas productivas, la proliferación de transnacionales de la explotación de los recursos naturales y la depravada intención de transformar todos los recursos naturales en bienes y servicios que produzcan rentabilidad económica, han ocasionado la destrucción masiva de los ecosistemas y en general de la naturaleza. Toda esta situación ha sido ocasionada respecto del denominado progreso económico.

Este mal llamado “progreso económico” ha generado la exclusión de inmensos grupos sociales, que no han sido partícipes de las ganancias de este progreso económico, y más aún han sido aislados de su hábitat normal. En especial, encontramos en esta situación a los pueblos indígenas y tribales, que “...tienen formas de vida únicas, y su cosmovisión se basa en su estrecha relación con la tierra. Las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por ellos son un factor primordial de su vitalidad física, cultural y espiritual...” (CIDH, Informe N° 40/04, Caso 12.053, Comunidades indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 155)

²⁸ La hipótesis fue desarrollada por el científico James Lovelock a finales de los años 60. Se denomina Gaia por el nombre de la diosa griega de la Tierra.

Tratando de la naturaleza, debemos indiscutiblemente hacer referencia al principal antecedente filosófico (andino) o de saberes (autóctonos) que inspiró a los Asambleístas Constituyentes de Ecuador de 2008, esto es el pensamiento del *sumak kawsay* (Buen vivir). Este concepto nacido de la cosmovisión indígena de los pueblos originarios de esta zona andina que se enmarca en la idea de que todos los seres vivos somos “parte de todo”, y no puede ser entendido el “hombre desde una perspectiva individual” en su relación con la naturaleza o pacha mama.

En ese sentido, se instauro dentro de la Constitución de Ecuador 2008, el concepto jurídico del *sumak kawsay*, lo que ha permitido durante este breve tiempo de vigencia un contrapeso a las tesis antropocéntricas reinantes en la actualidad sobre el medio ambiente, las mismas que conciben al ser humano como el centro de gravedad de todas las cosas. La misma explotación de la naturaleza, que hoy nos está pasando una factura ecológica tremendamente impagable a nivel mundial.

En este sentido, podemos también decir que “...El manejo utilitarista de la naturaleza es uno de los componentes articuladores al modelo de desarrollo al que le es necesaria la apropiación de los recursos naturales, para sostener el crecimiento económico...” (Gudynas, 2014)

Luego del aterrizaje ideológico de la cosmovisión indígena integrante del *Sumak kawsay* o del *Suma Qamaña* en las Constituciones de Ecuador en 2008 y de Bolivia en 2009, se generó un amplio debate doctrinal sobre los cambios en la Teoría General del Derecho, así como se multiplicó los cuestionamientos de las posibilidades de aplicabilidad de estos derechos en la práctica jurídica.

Fuentes jurídicas: relación ser humano y animal

Un país, una civilización se puede juzgar por la forma en que trata a sus animales.

Mahatma Gandhi

En esta parte del trabajo se abordará desde el pensamiento crítico, algunas referencias bibliográficas que nos permiten establecer varios antecedentes que se refieren a la presencia multidimensional de los animales en la sociedad humana.

Desde una visión jurídica retrospectiva, tenemos la obligación de referirnos a los insensatos episodios de carácter penal, donde la sociedad humana en su afán por judicializar y tutelar todas las acciones del ser humano, busco siempre – en nombre de la justicia- responsables y culpables a los diversos fenómenos socio jurídico negativos. Estos polémicos desencuentros entre el hombre y los demás animales han llevado a la justicia humana a los procesos judiciales o administrativos más absurdos de la historia del derecho, como, por ejemplo:

“...Como comprender si estamos ante una expresión jurídica cuando en el año 1650 en un pueblo cercano a El Escorial el cura del lugar abrió una causa judicial (querrela) contra las langostas que asolaban las cosechas (...)” (Foy & Cutire, 2010)” (citando a: Tomas y Valiente, Francisco “Delincuencia y pecadores”. En AA VV Sexo barroco y otras transgresiones premodernas. Alianza Editorial, Madrid, 1990.

En esta misma línea, existe una vasta bibliografía que nos demuestra la existencia de juicios a animales en la Edad Media y hasta en el periodo del Renacimiento, “(...) Suelen entenderse estos procesos como prueba de que a partir del siglo XIII y hasta el Iluminismo se reconocía a los animales la condición de persona o por lo menos de *responsable*, por lo que algunos analistas de la discusión actual se preguntan qué es lo que produjo un cambio tan marcado en el siglo XVIII (...)” (Zaffaroni E. , 2011) (citando a: Ferry, Luc. El nuevo orden ecológico. El árbol, el animal y el hombre, Rio de Janeiro, 2009, pág. 19.)

Como venimos explicando, los animales fueron integrados con la norma jurídica, especialmente en la época medieval, pero no en calidad de propiedades de los amos humanos, sino como transgresores de la ley, siendo autores, o cómplices de actos antijurídicos. Los animales tuvieron un rol muy distinto a los que ahora se intenta establecer en los ordenamientos jurídicos modernos entendidos como “derechos

de los animales”, por lo que en la actualidad dichas manifestaciones del pasado se vuelven chocantes, pues nos cuesta identificarnos con ellas, así podemos señalar juicios realizados físicamente a animales y curiosas sentencias dictadas en su contra.

Por ejemplo: “(...) En los alrededores de la ciudad de Chur, se produjo una irrupción súbita de larvas de cabeza negra (...) que atacan las raíces, clavan en ellas un diente asesino, hasta el punto que cuando regresa la primavera, las plantas, en vez de brotar se secan, (...) Así que los habitantes mandaron llevar a esos insectos destructores ante un tribunal provincial, mediante tres citaciones consecutivas; les designaron un abogado defensor y procurador (...)” (Foy & Cutire, 2010)” (citando a: Ferry, Luc. El nuevo orden ecológico. El árbol, el animal y el hombre, Barcelona: Tusquets Editores. 1994, p 11-15.)

Además, como un dato interesante podemos resaltar la influencia que tuvieron en tiempos pasados la religión en la configuración del derecho y en especial en el establecimiento de los animales como sujeto del derecho. Desde la óptica penal religiosa, encontramos entre otros pasajes bíblicos de la Biblia en su Antiguo testamento, el siguiente: “...*Que el buey que mata de una cornada a un hombre o mujer deberá ser matado a pedradas, aunque su amo será absuelto...*”²⁹ (Éxodo 21:28)

Si quisiéramos desagregar la tipificación penal de este versículo dijéramos:

- a) El buey (es el sujeto activo)
- b) Que mata (es el tipo penal-acción)
- c) De una cornada (característica de la acción)
- d) A un hombre o mujer (es el sujeto pasivo)
- e) Deberá ser matado (es la sanción penal)
- f) A pedradas (mecanismo de sanción o método de cumplimiento de pena)
- g) Su amo será absuelto (es la exclusión de antijuricidad)

²⁹ El Libro de Éxodo en la Biblia fue escrito por Moisés, aproximadamente 1500 años antes de Cristo, y trata especialmente de la esclavitud de los hebreos en el antiguo Egipto y su promesa de una Tierra prometida.

2.1.1. El Derecho Ambiental; fuente primaria de los derechos de la naturaleza.

Podríamos asegurar que la antesala de los derechos de la naturaleza, en el espectro normativo internacional son los tratados internacionales sobre medio ambiente, las convenciones y reuniones sobre el cambio climático, estableciéndose los primeros abordajes de estos temas en los años 60, luego en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano en Estocolmo en los años 70, y desde ahí comenzar una crítica mundial progresiva sobre los resultados de la explotación de los recursos naturales.

Así también, se podría identificar dos grandes momentos del boom de la temática ambiental, una en los años 80 en el hemisferio norte alimentada por movimientos ambientalistas, intelectuales, filósofos, etc., que en alguna medida se apagó en buena parte con el avance de las ideas neoliberales en la economía productiva. Un segundo momento de la relación de los derechos y de la naturaleza, es el actual escenario en América Latina con el ascenso al poder de nuevos actores políticos y de gobiernos autodenominados "progresistas" que, sin duda alguna, han marcado un antes y después en el derecho constitucional y en la forma de ver los problemas del mundo ambiental.

Se debe también resaltar la famosa Cumbre de la Tierra de 1992. (Declaración de Río), como también para 1997 bajo la promoción de las Naciones Unidas apareció la Carta de la Tierra, y en el mismo año en Japón, la suscripción del protocolo de Kioto, la Cumbre Mundial del Desarrollo Sostenible en Johannesburgo 2002, y en el 2007 en Bali, Indonesia se realizó la Conferencia anual internacional sobre el cambio climático, y en el 2009 Cumbre de Copenhague.

Hace pocos días se cerró la Cumbre del Clima en París, donde se llegó a un acuerdo histórico contra el cambio climático, que entre otras resoluciones consistía en el compromiso mundial de concluir este siglo por debajo de los 2 grados de temperatura de la Tierra.

También, es importante destacar, el aporte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sobre todo en el respeto

de los pueblos indígenas y tribales, en el sentido de que protege los derechos de estos grupos, de su tierra y de los recursos naturales, sobre sus territorios. Aquí, la jurisprudencia ha contribuido a desarrollar los contenidos mínimos, pero de relevancia contundente.

El aterrizaje de los derechos de la naturaleza en los ordenamientos constitucionales

En Ecuador desde 2008, se cuenta con un nuevo entorno constitucional que integra el reconocimiento expreso de los derechos de la naturaleza, en el capítulo séptimo, que se analiza a continuación:

“...Art.71.- La naturaleza o Pacha Mama, 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 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...” (Constitución del Ecuador, 2008)

Del análisis del Art. 71 del texto constitucional ecuatoriano se puede establecer lo siguiente:

➤ **¿Quién es el sujeto?** Es la naturaleza o pacha mama (el primero es un concepto de origen europeo, y el segundo un concepto originario de los pueblos indígenas)

➤ **¿Define qué es naturaleza o pacha mama?** Son lugares, los sitios (donde) se reproduce y realiza la vida, es decir se refiere a un lugar físico, no a una especie en especial, ni menos aún a una especie de forma individual.

➤ **¿A qué se limita este derecho? Al respeto integral de su vida, inherentemente todos sus ciclos vitales.**

➤ **¿Quiénes pueden ejercer los derechos de la naturaleza?** toda persona (es decir cualquier persona natural o jurídica, de forma individual o colectiva)

En Bolivia en el año 2009, se expresó en el texto constitucional la necesidad de abrir paso a la Pacha Mama como nuevo sujeto del derecho:

Art. 33 que dispone: "(...) 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..." (Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009)

Como podemos apreciar, los bolivianos se refieren a un "ejercicio de derechos" de "otros seres vivos", lo que da claras en el asunto, de que no se está solamente refiriendo a los seres humanos. En esta misma línea, a fin de instrumentalizar y hacer más efectiva la norma constitucional promulgó la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, denominada Ley N° 300.

Comentarios y conclusiones sobre articulado constitucional de los Derechos de la Naturaleza en Ecuador

Haciendo un balance general, la Constitución de Ecuador 2008 consagra nuevos derechos constitucionales, entre los que podemos resaltar el Derecho Humano al Agua y los Derechos de la Naturaleza, así también, amplía algunos ya existentes, por ejemplo, los pueblos montubios como titulares de derechos y fortalece los derechos colectivos en varios aspectos.

A todos los derechos constitucionales, les otorga el carácter de complementarios, integrales y de igual jerarquía, es decir derrumba cualquier paradigma obsoleto que propugne derechos de primera, segunda o tercera generación. "... La

jerarquización de los derechos y la cultura de inflación normativa son rezagos de la lógica positivista de las generaciones de derechos que impiden consolidar regímenes constitucionales garantistas (...)" (Murcia, 2011)

Los avances del constitucionalismo ecuatoriano y boliviano han generado un elevado debate jurídico, sobre todo por la concientización de la protección de naturaleza, como centro del desarrollo de la sociedad. También se concluye, que los derechos de la naturaleza son colateralmente progresivos con los DDHH.

"...Ahora, el Estado debe asumir la responsabilidad ética de promoción del derecho, que supone una progresividad que asegure su cumplimiento; pues de no ser así, el derecho queda en un perfecto estado de inaplicabilidad. Por lo que su reconocimiento ya no solo es de hecho sino de derecho..." (Fuentes, 2016)

De lo expuesto en este trabajo podemos resumir las siguientes conclusiones:

- I. El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos es un proceso en constante evolución. Al ser incorporado en la norma positiva y en especial en la norma constitucional, su sola presencia incidirá en la reformulación de las perspectivas de los Estados, y en especial en Ecuador y Bolivia, sus gobiernos se sentirán en la obligación de otorgarle mayor autonomía y personalidad, lo que dependerá en gran parte del empoderamiento de estos derechos por parte de la ciudadanía.
- II. La presencia de la naturaleza como titular de derechos constitucionales otorga al Derecho Ecológico o Ambiental mayor capacidad y amplitud de avances y eficacia. Su radio de acción ya engloba todos los factores del mundo natural, por lo que cualquier acto ecológicamente perturbador o dañino constituirá en un futuro un menoscabo a los derechos constitucionales.
- III. Los derechos de la naturaleza gozan de legitimidad y validez, porque su promulgación cumplió con todos los requisitos

legales, formales y constitucionales, y su incorporación es colateralmente beneficiosa para el desarrollo de los DDHH.

- IV. Los Derechos de la Naturaleza, así como todos los demás derechos constitucionales, son derechos exigibles y justiciables desde su promulgación, pues la Constitución ecuatoriana, en el Art. 11, numeral 3, señala: "(...) son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte (...)" (Constitución del Ecuador, 2008)

- V. Los derechos a los que se refiere la Constitución del Ecuador son a la titularidad de respeto, mantenimiento de sus ciclos vitales y a la restauración.

Para finalizar, se puede apreciar que, desde la práctica constitucional de esta nueva institución jurídica, se debe formar capacidades intelectuales a las autoridades y operadores de justicia para que faciliten el cumplimiento efectivo de los preceptos constitucionales, así como también socializar estos preceptos constitucionales con la ciudadanía en general, para generar mayor acceso a la justicia y en desarrollando la jurisprudencia sobre estos derechos.

Parecería muy oportuno que el Estado ecuatoriano resuelva la instauración de judicaturas especiales con competencia legal en los derechos de la naturaleza y por extensión en derechos ambientales, y podría coadyuvar con los fines de estos derechos la implementación de una norma secundaria que instrumentalice su validez y exigibilidad jurisdiccional.



El Derecho Humano al agua en su contexto social y jurídico en el Ecuador

Mauro Leonel Fuentes Sáenz de Viteri³⁰

Resumen

Este estudio se inscribe en el ambicioso propósito de teorizar y documentar el rol de un derecho fundamental y específico al agua, a fin de que esta investigación sirva como herramienta política y jurídica para el aprovechamiento efectivo de este derecho humano, para lo cual se empleó el método de análisis comparativo jurídico revisando múltiples instrumentos internacionales y los elementos jurídicos esenciales del ordenamiento jurídico nacional. Al final de este minucioso estudio, se logró ampliar la reflexión teórica y evidenciar la realidad práctica de este nuevo derecho humano; reafirmando la indiscutible pertinencia de este derecho y la imperiosa necesidad de llegar a un acuerdo social nacional para su cumplimiento, donde entre otras cosas, deberá existir una firme decisión gubernamental y una administración de justicia comprometida con los derechos de la naturaleza.

Palabras clave: Derechos humanos, derecho al agua, derechos sociales, tutela judicial.

Abstract

This study is part of the ambitious purpose of theorizing and document the role of a fundamental and specific water rights, so that this research will serve as a political and legal tool for the effective use of this human right, which is used stop the legal method of comparative analysis reviewing numerous international instruments and essential legal elements of national law. At the end of this detailed study, it was possible to expand the literature and demonstrate the practical reality of this new human right; reasserting the undisputed relevance of this right and the urgent need to reach a national social agreement for

³⁰ Profesor de Legislación Agraria y Ambiental, Universidad de Guayaquil,
mauro.fuentess@ug.edu.ec

compliance, which among other things should be a strong government decision and a justice administration committed to the rights of nature.

Key words: Human rights, water rights, social rights, judicial protection.

Introducción

Las primeras referencias jurídicas sobre Derechos Fundamentales se presentan en Inglaterra en el siglo XVII, en las Constituciones Estatales de Estados Unidos, y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que promulgaron los ideólogos de la Revolución Francesa en 1789. Posteriormente, se llegó a clasificar a los derechos fundamentales bajo una distinción de derechos de varias generaciones, que fueron agrupados en función del momento histórico en que aparecieron, o por la naturaleza de estos.

A los derechos fundamentales, se los dividió en derechos de primera, segunda y tercera generación; clasificación que conllevó a pensar que éstos no tenían relación entre sí, que aparentemente eran aislados y que debían estudiarse de forma separada unos de otros.

El problema actual radica en que ya son varias décadas de debate sobre la positivización de un derecho específico al agua, incluso como un gran avance se ha llegado a cristalizar en extensos instrumentos jurídicos internacionales, y en legislación nacional desde la Constitución de Montecristi de 2008. Para este dilema fundamental el Constituyente identificó y concluyó que los derechos fundamentales eran normas de una sola jerarquía, aclarando que todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

En este sentido, la presente investigación analiza de manera cronológica la mayoría de las normas internacionales y gran parte del articulado nacional relativo al agua desde la visión de los derechos humanos; siendo el objetivo encontrar

una mecánica de operatividad y eficacia legal; pues ahora el vacío no es de fondo legal, sino de forma legal, a fin de llevarlo a la práctica objetiva.

Marco teórico

Dentro de los derechos fundamentales se encuentra el derecho a la vida; el cual no podría garantizarse sin considerar el acceso de la población al agua, y específicamente al agua potable. Esta articulación entre derechos fundamentales es inherente a la progresiva dignidad humana, y a los cada día más complejos estándares de vida.

Antecedentes socio jurídicos del derecho humano al agua

Desde el punto de vista jurídico, la cuestión del agua no se agota en los extraordinarios eventos nacionales e internacionales realizados en su nombre, ni en las importantísimas decisiones que se han tomado en ellas, sino más bien en los logros alcanzados en el plano de los territorios y las necesidades insatisfechas de la población. Para lo cual, hay que tener en cuenta que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966 estipuló en su Art. 11 el mandato de que los Estados Partes deban garantizar a todo ciudadano un nivel de vida digno. (Naciones Unidas, 1966)

El acceso al agua y al saneamiento ambiental es un requisito *sine qua non* para la supervivencia de la especie humana y animal. El agua es un bien escaso a nivel mundial, y como agravante se ha demostrado que grandes reservas de agua dulce se están contaminando por la influencia directa del avance de las fuerzas productivas, "... la generalizada degradación de los ecosistemas acuáticos continentales tiene como consecuencia, entre otras, que 1.200 millones de personas no tengan acceso al agua potable. Y si se mantienen las tendencias vigentes, serán más de 4.000 millones en 2025..." (Arrojo, 2010, pág. 281).

... Más de la mitad de las camas de los hospitales en el mundo están ocupadas por personas que sufren enfermedades relacionadas con el agua, ya sea por su falta o por su contaminación, que cada año causan entre 3 y 4 millones de muertes... (Diario El Universo, 2004).

Aunque, como lo expresa Alberto Acosta: "...Ecuador es un país con agua suficiente en términos nacionales y con cuatro veces más agua superficial que el promedio per cápita mundial..." (Acosta, 2010), el problema ecuatoriano radica es en la injusta distribución de este recurso natural, en su complicado acceso y la alarmante contaminación de las fuentes de agua pura.

El Estado ecuatoriano en su etapa neoliberal, entregó miles de concesiones de agua al subsector eléctrico, al riego (especialmente al banano, principal producto de exportación y de mayor consumo de agua), a la industria y a las concesiones de uso doméstico, sin priorizar el acceso de este recurso principalmente a la población de la ciudad y el campo. "...En el campo, la acumulación de capital opera sustentada en el acaparamiento de las mejores tierras y del agua (...) podemos hablar de un descomunal proceso de concentración del agua en pocas manos (...)" (Gaybor, 2010)

...Cuando Fernando Cordero, presidente de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), entregó al país la nueva Constitución el 25 de julio de 2008 dijo en el acto protocolario: <<Esta Constitución está hecha de agua>> (...)" (García D., 2010). Ahora lo que la gente necesita es que esa agua llegue a los hogares, fincas, etc., pues sino este derecho podría quedar reducido a la conocida expresión de Guastini, "...que determinados derechos eran <<derechos de papel>>, es decir, derechos sin ninguna eficacia práctica... (Guastini, 1999).

Latinoamérica se ha convertido en el referente mundial en la lucha por el agua, en la organización social y en el combate por la desprivatización de los recursos hídricos, siendo los inéditos logros alcanzados; entre otras cosas, la constitucionalización del derecho humano al agua en varias naciones.

Se ha demostrado la necesidad de proteger las reservas de agua existentes, la escasez para amplios sectores de la población, y el acaparamiento en condiciones injustificables de los recursos hídricos, lo que generó el surgimiento de un derecho específico al agua. Llegando a ser este tema medioambiental el de mayor alcance político en el ámbito supranacional.

Otorgarle al estudio del derecho humano al agua la importancia que se merece, no solo es competencia de los abogados, sociólogos, ambientalistas; sino más bien constituye el principal reto de la Asamblea Nacional del Ecuador, pues, a esta le corresponde articular todo un engranaje jurídico administrativo y jurisdiccional, para que tanto el Estado central, las prefecturas, los municipios, las juntas parroquiales y las entidades privadas acoplen sus competencias y acciones al marco constitucional vigente, a la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria (LORSA) y la recientemente aprobada Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua en el año 2014.

La temática sobre el derecho humano al agua ha sido escasamente difundida en la sociedad civil, sin embargo, una vez que los Estados miembros de las Naciones Unidas (NU) han contraído obligaciones legales, y ya varias naciones lo contemplan en el orden interno, es indispensable sintetizar el contenido mínimo de este derecho. Para esto, a partir de los instrumentos internacionales vigentes los Estados deberían garantizar: "...a) El acceso a una cantidad esencial mínima de agua, b) asegurar acceso no discriminatorio, y de acción positiva, c) asegurar acceso físico, distancias razonables, d) suficiente y regular de agua salubre, e) evitar que se vea amenazada la seguridad personal cuando se deba obtener el agua, f) distribución equitativa, g) planes, estrategias participativos para medir avances en la objetividad del derecho al agua, h) garantizar que el agua cumpla con estándares mínimos que garanticen la salud de las personas y la conservación del medio ambiente, de acorde con las prácticas culturales de las comunidades..." (Naciones Unidas, 2015).

El derecho al agua, como en todos los derechos humanos su contenido debería estar materializado por su positivización en las normas, sin embargo, ello no implica que su

incorporación a cuerpos legales deba ser una condición exacta definitoria, por lo que la definición de mínimas ideas normativas donde se incorpore un núcleo esencial del derecho en mención representa una positivización de hecho del concepto, pues de manera ejemplar nadie concibe el derecho a la vida, sin un derecho al agua. Sin embargo:

... para el año 2000, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD dio en su informe una definición concreta del *acceso al agua potable*. Se trataría de la proporción de la población que emplea alguno de los siguientes tipos de suministro de agua para beber: agua procedente de tuberías, fuentes públicas, bombas, pozos (protegidos o cubiertos) o fuentes protegidas... (García A., 2008).

El derecho al agua en el escenario internacional

En gran parte de las normas jurídicas internacionales, se evidencia una fuerte carga de tipo ideológico, aunque la mayoría de las Constituciones de Latinoamérica estén alineadas en el marco del constitucionalismo social, y en especial el valor normativo que les otorgan a los derechos civiles, es diametralmente superior al valor que se les otorgan a los derechos sociales, inclusive tornándolos a estos últimos poco justiciables.

Es así como el jurista argentino Víctor Abramovich, expresa:

“...La principal diferencia que señalan los partidarios de dicha doctrina reside en la distinción entre obligaciones negativas y positivas: de acuerdo con esta línea de argumentación, los derechos civiles se caracterizarían por establecer obligaciones negativas para el Estado –por ejemplo, abstenerse de matar, de torturar, de imponer censura, de violar la correspondencia, de afectar la propiedad privada– mientras que los derechos sociales exigirían obligaciones de tipo positivo –por ejemplo, dar prestaciones de salud, educación o vivienda–...” (Abramovich & Courtis, 2009)

En el contexto jurídico internacional, es inevitablemente referirse, a las investigaciones de los especialistas en temas hídricos, para lo cual la comunidad internacional apostó a los resultados de la reunión de expertos internacionales sobre el derecho humano al agua, que se desarrolló en París en el 2009, donde entre otras cuestiones se ratificó la necesidad de encontrar urgentemente una solución jurídica mundial al problema vital del acceso al agua. Para ello, estos estudios demostraron que aproximadamente 900 millones de personas carecen de acceso a agua potable segura y 2500 millones, es decir, alrededor del 40% de la población mundial, no dispone de saneamiento mejorado..." (UNESCO, 2009)

Los instrumentos jurídicos internacionales encaminados a normar los usos, aprovechamiento y gestión de los recursos hídricos son abundantes. Algunos, reconocen este derecho de manera directa y otros de manera implícita, con expresiones como, "...que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar incluida la alimentación y vivienda" (Naciones Unidas, 1948); otros instrumentos internacionales, lo manifiestan de manera explícita, como la Resolución aprobada por las NU el 28 de julio de 2010, que "1. Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el disfrute de la vida y de todos los derechos humanos" (Naciones Unidas, 2010).

Este último instrumento internacional, siendo aprobado por NU, en su sexagésimo cuarto período de sesiones, rompió las barreras supranacionales que a maniataban a las diferentes naciones para que constitucionalicen este derecho, dicho instrumento fue adoptado bajo la sustentación teórica y práctica de un proyecto auspiciado por naciones como Arabia Saudita, Yemen, Serbia, Venezuela, El Salvador, Nicaragua, Uruguay, Ecuador, y Bolivia.

En este sentido el derecho humano al agua constituye para la humanidad una de las mayores conquistas de las naciones del tercer mundo en el contexto jurídico internacional, así como, en materia de derechos humanos ha impregnado una fuerte carga conceptual jurídica en las normativas nacionales, a tal punto que los derechos humanos en el mundo occidental es una de las principales

fuentes de derecho, y consecuentemente pilar fundamental del llamado bloque de constitucionalidad de varias naciones.

Más de tres décadas de discusión sobre la gestión del agua, medio ambiente y desarrollo, generaron numerosos eventos e instrumentos internacionales; entre los cuales destacan la Conferencia de las NU sobre Agua (1977) que tuvo lugar en Mar del Plata; la Conferencia Internacional sobre Agua y el Medio Ambiente (1992) celebrada en Dublín (1992), la Conferencia de NU sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Rio de Janeiro (1992)³¹, Declaración del Milenio de NU que se dio en Nueva York (2000), y todos los informes del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)³² desde 1994 hasta la actualidad. Consecuencia de aquello, el Derecho Internacional de los derechos humanos se ha ido nutriendo y cada día más centrando su trabajo en la protección del acceso al agua, como un recurso vital para la humanidad, y como condición *sine qua non* para la eficacia de otros derechos humanos.

Es necesario resaltar, al PIDESC, y principalmente la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), los que sin duda alguna influenciaron para que la mayoría de los estados se comprometieran a elevar el nivel de análisis y debate que requiere el reconocimiento de la satisfacción de las necesidades básicas como producto auténtico de todas las normas relativas a los derechos humanos. Entonces, aunque el acceso al agua no está explícitamente mencionado en el PIDESC, este derecho está implícito en el derecho a la vida, el que supone condiciones mínimas de subsistencia. (Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, 2002)

En el plano latinoamericano, es una prioridad crear la capacidad institucional para manejar los recursos hídricos de manera articulada, entre los gobiernos de las naciones, sus entidades privadas y los ciudadanos. En este sentido, Brasil, mediante el Servicio Autónomo de Agua y Alcantarillado de

³¹ También llamada Cumbre de la Tierra, que entre otros documentos definiría la llamada Declaración de Rio y la Agenda 21.

³² El PNUD se encarga de forma general de la elaboración de políticas económicas que deben implementarse a nivel internacional y nacional, a fin de erradicar la pobreza.

Guarulhos en el Estado de San Pablo, ha creado varias políticas estatales que han identificado las necesidades de grandes grupos de personas en condiciones de pobreza, buscando una solución participativa que ha permitido el aumento geométricamente acelerado de la conexión a las redes del suministro de agua por cañería, metodología que ha sido reconocida por los expertos internacionales sobre el derecho humano al agua como exitosa. (UNESCO, 2009, pág. 7).

Costa Rica, otorgó el reconocimiento del derecho humano al agua en su legislación, mediante la promulgación del Decreto Ejecutivo 30480-MINAE, por medio del cual **dispuso**: "...El acceso al agua potable constituye un derecho humano inalienable y debe garantizarse constitucionalmente..." (Presidencia de la República de Costa Rica y Ministerio de Ambiente. Energía y Telecomunicaciones, 2002).

Así también, ya para la década pasada este país centroamericano, había generado variada jurisprudencia mediante sentencias constitucionales que reconocían el derecho fundamental al agua:

... V.- La Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y la vivienda digna, entre otros, tal como ha sido reconocido también en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables en Costa Rica... (Sentencia 4654-2003, 2003).

En Colombia, la influencia doctrinaria del neoconstitucionalismo ha llevado a esta nación a avances destacados en materia de interpretación jurídica sobre legislación interna y del bloque de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, la misma que ha reconocido el derecho humano fundamental al agua potable, interpretándolo como consustancial al derecho a la vida. Siendo ejemplares las varias sentencias, donde se expresan, por ejemplo:

... El derecho al agua, para el uso de las personas, en cuanto contribuye a la salud, a la salubridad pública, y, en últimas, a la vida, **Si es un derecho fundamental** y que, por el contrario, NO lo es cuando se destina a la explotación agropecuaria o a un terreno deshabitado. Sin agua no se puede vivir, luego lo lógico es que un acueducto construido para uso domiciliario del líquido debe tener preferencialmente tal destinación... (Sentencia Corte Constitucional de Colombia T-414/95, 1995).

Otra sentencia colombiana, nos amplía la teoría constitucional, expresando que "... Sin agua no hay vida. (...) Así entonces (...) **el agua potable constituye un derecho constitucional fundamental cuando está destinada para el consumo humano, pues es indispensable para la vida (...)**" (Sentencia T-410/2003, 2003).

El Estado Plurinacional de Bolivia, mediante referéndum de fecha 25 de enero de 2009, aprobó una nueva Constitución, incluyendo gran cantidad de artículos encaminados a proteger el medioambiente, a redistribuir la riqueza y en especial a proteger la *Pachamama*. Demostrando tener un especial interés en constitucionalizar el derecho humano al agua, pues así reza su Art. 373:

...I. El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado promoverá el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad. (...) Estos recursos no podrán ser objeto de apropiaciones privadas y tanto ellos como sus servicios no serán concesionados y están sujetos a un régimen de licencias, registros y autorizaciones conforme a la Ley... (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2009).

En este mismo sentido, el Estado Plurinacional de Bolivia, promulgó la Ley N° 300 denominada Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, que además de ser una norma jurídica, constituye una propuesta moral al mundo, donde se plantea defender los derechos de la naturaleza y evitar que los recursos naturales solo beneficien a pocos,

buscando el mejor aprovechamiento de estos, y un equilibrio de los ecosistemas. El Art. 27 de esta ley señala que dentro de las bases y orientaciones del vivir bien, están:

...1. Garantizar el derecho al agua para la vida, priorizando su uso, acceso y aprovechamiento como recurso estratégico en cantidad y calidad suficiente para satisfacer de forma integral e indistinta la conservación de los sistemas de vida, la satisfacción de las necesidades domésticas de las personas y los procesos productivos para garantizar la soberanía y seguridad alimentaria... (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2012).

El marco jurídico ecuatoriano en esta materia

El Ecuador por los años sesenta, contaba con una Ley de Aguas, Ley de Condominio de Aguas, Ley de Riego y Saneamiento del suelo, y una Ley de la Caja Nacional de Riego; todas estas normas se convirtieron en instrumentos de abuso del derecho, pues no garantizaban el uso racional de los recursos hídricos, ni sanciones para los contaminadores o usufructuarios de mala fe; sino más bien propugnaban al uso y aprovechamiento indiscriminado y excluyente del agua por los grandes propietarios de los fundos por los cuales pasaban los ríos, existían estanques o lagos; sin que existan mayores controles o regulaciones y menos aún solidaridad con los precarios agricultores de la economía agrícola familiar.

La primera vez que se introdujo en las normas nacionales un tema medio ambiental relativo al asunto hídrico fue en la década de los setenta, mediante la Ley Orgánica de Salud, que hacía referencia a la no contaminación de los espacios hídricos, luego se obtuvo la Ley de Aguas de 1972, la misma que contenía precarios principios sociales y ambientales que a la par de la posterior Ley de Desarrollo Agrario de 1997, nunca pudieron adquirir plena vigencia ya que existían contradicciones en estos cuerpos jurídicos. Consecuencia de esto la Administración de Justicia nunca percibió que administrar justicia redistributiva de la cuestión del agua y los recursos naturales, era una forma de realmente hacer justicia social, por lo que se percibía por los campesinos, que los

terratenientes, los especuladores de recursos naturales y los *aguatenientes* dominaban las Cortes de Justicia en el Ecuador.

Sumando a la ineficacia de las mencionadas normas, se promulgó en 1994 la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestaciones de Servicios Públicos por parte de iniciativa privada, normativa que posicionó el proceso neoliberal de acaparamiento de los recursos naturales estratégicos del Ecuador en manos privadas, y en especial de las compañías transnacionales, como el caso de la empresa INTERAGUA, que se adjudicó la concesión del agua potable de la ciudad de Guayaquil.

Como parte de esa política carroñera de la era neoliberal ecuatoriana, dio a luz el Decreto 2224, donde se eliminó en INERHI y la Resolución del Consejo Consultivo de Aguas CNRH disponiendo que las concesiones para riego y otros fines productivos sean de plazo indeterminado, lo que marcó un nefasto antecedente que propició la formulación de la Constitución del Ecuador de 1998, estableciendo un marco necesario para procesos de delegación a la empresa privada de servicios como los de riego, dotación de agua y saneamiento.

Además, cabe mencionar, que todo este engranaje jurídico perverso contó con la Ley para la promoción de la inversión y de la participación ciudadana –Trole 2- que instrumentalizó la habilitación constitucional para la delegación al sector privado de los servicios básicos; norma que fue de la mano con la reforma a la Ley de Aguas del año 2004. Es decir, todas las normas que precedieron a la Carta Magna de 2008 fueron anacrónicas, injustas e inmorales, pues no representaban las necesidades de acceso al agua de la población, sembrando un descontento generalizado en la población y, en especial avivó la ira de grupos de indígenas y montubios.

Análisis comparativo sobre la positivización del derecho humano al agua en la Constitución de 2008

Luego de haber descifrado el sinuoso camino de las principales normas jurídicas que atañen a los recursos hídricos

en el contexto nacional e internacional, encontramos para el siglo XXI una respuesta contundente, al menos en teoría, a este problema, mediante la instauración del derecho humano al agua en la Constitución de 2008, constituyendo esta declaración en un hito para inmensos grupos de seres humanos que propugnaban durante siglos por el acceso al agua en cantidad y calidad de acorde a los estándares de vida digna.

La Constitución de Montecristi valoró en gran medida la necesidad del uso racional y equitativo de los recursos hídricos, y en especial el acceso al agua, como lo percibimos en gran parte del articulado constitucional, siendo la palabra agua usada más de una docena de veces dentro de todo el texto. Otorgándole a este recurso natural un sitial constitucional preferente, inclusive más que otros derechos; por ejemplo, dentro de los deberes primordiales del Estado, consta garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular "...el agua para sus habitantes" (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008).

La convicción de que unos derechos resultan inviables sin la vigencia de otros ha quedado reflejada en el contexto internacional y nacional, es así como el Art. 12, de la Constitución, definió expresamente que "... El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida..." (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008). Discurso constitucional que, analizado de manera integral, supone necesariamente, que el acceso al agua se encuentra entre las condiciones indispensables para llevar una vida digna.

Luego de la declaratoria constitucional, el legislador promulgó la LORSA, que fortalece el rol que cumple el derecho al agua dentro de la soberanía alimentaria, la misma que nos indica en su Art. 5:

...El acceso y uso del agua como factor de productividad se regirá por lo dispuesto en la ley que trate los recursos hídricos...", lo que tiene relación directa con el Art.15, que nos indica que "...La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni

afectara el derecho del agua... (Asamblea Nacional del Ecuador, 2010).

Así también la LORSA, en su categoría de norma orgánica nos especifica que

... El uso del agua para riego, abrevadero de animales, acuacultura u otras actividades de la producción de alimentos, se asignará de acuerdo con la prioridad prevista en la norma constitucional, en las condiciones y con las responsabilidades que se establezcan en la referida ley... (Asamblea Nacional del Ecuador, 2010).

Finalmente, luego de varios años de debates y de insistencia de los grupos sociales, en especial de campesinos e indígenas, la Asamblea Nacional del Ecuador expidió la Ley de Aguas en agosto de 2014. En esta norma se cristaliza el anhelo de poder tener una norma positiva que garantice en los territorios el derecho humano al agua, siendo el objeto principal de esta ley, el que señala su Art. 3 que el objeto de esta ley es garantizar el derecho humano al agua,

... así como regular y controlar la autorización, gestión, preservación, conservación, restauración, de los recursos hídricos, uso y aprovechamiento del agua, la gestión integral y su recuperación, en sus distintas fases, formas y estados físicos, a fin de garantizar el *sumak kawsay* o buen vivir y los derechos de la naturaleza establecidos en la Constitución... (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

Conclusiones

Primero, como ya se ha demostrado, antes de que Ecuador, asuma la tesis constitucional del derecho humano al agua, ésta ya se encontraba implícitamente en diversos instrumentos internacionales, entre otros, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que establece, que "...toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure (...) la salud y el bienestar, incluida la alimentación y la vivienda..." (Naciones Unidas, 1948), la misma

que en la actualidad es en norma vinculante para todos los miembros de las NU.

Del análisis precedente, se concluye también, que no queda duda de la existencia de un individual e independiente derecho humano al agua, que por su naturaleza ética y jurídica es colateralmente progresiva con otros derechos humanos, habiendo aterrizado este discurso en varios sistemas jurídicos nacionales; como Ecuador, Bolivia, Costa Rica, Sudáfrica³³, Bélgica, Filipinas, entre otros.

Pues, la constitucionalización es, el medio más adecuado de configuración jurídica de un derecho, y en especial de un novedoso derecho como este, que sirvió consecuentemente como punto de partida para el desarrollo de diversas normas internas que tratan de protegerlo. Ahora, el Estado debe asumir la responsabilidad ética de promoción del derecho, que supone una progresividad que asegure su cumplimiento; pues de no ser así, el derecho queda en un perfecto estado de inaplicabilidad. Por lo que su reconocimiento ya no solo es de hecho sino de derecho.

Anteriormente, en el marco de la Constitución de 1998, los servicios de agua potable eran responsabilidad del Estado (Gobierno Nacional), conforme lo señalaba su Art. 249:

...Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento (...) podrá prestarlos directamente o por delegación a las empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley... (Asamblea Constituyente, 1998).

Para aquella época, el Estado central siendo un ente de enorme capacidad de gestión y de presupuesto centralizado atendía los servicios de agua de manera deficiente, ahora con la Constitución de Montecristi 2008, esta competencia fue transferida a los municipios como parte de sus competencias exclusivas, pues así lo encontramos en su Art. 264:

³³ Según el Artículo 3(1) de la Ley de Servicios de Agua, conforme al artículo 27(1) (b) y (2) de la Constitución Sudafricana.

...Los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas (...) 4. Prestar los servicios públicos de agua potable (...) así también el legislador, ratificó e instrumentalizó esta tesis constitucional en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, tienen la competencia exclusiva, por lo que están obligados a (...) d) Prestar los servicios públicos de agua potable... (Asamblea Nacional del Ecuador, 2010).

Para la mayor parte de los derechos fundamentales, lo que distinguiría de los derechos morales es la existencia de mecanismos idóneos para su tutela. En este sentido la positivización del derecho al agua es un paso gigante, que identifica la justiciabilidad estricta, el problema cabe ahora, en la inexistencia de órganos y procedimientos judiciales para su exigibilidad, pues en el ámbito de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales GADM, no existen mayores mecanismos de tutela para los derechos fundamentales.

A esto se suma, que en la práctica estos GADM no tiene la capacidad económica de sobrellevar el gasto económico de brindar este servicio, por lo que prefieren invertir sus escasos recursos en otras competencias, a fin de satisfacer múltiples necesidades insatisfechas. Además, que es de conocimiento público que el régimen municipal ecuatoriano ha tenido que pasar por innumerables situaciones negativas que han socavado su poder de realización de obras y servicios a favor de los conciudadanos.

Para el fiel cumplimiento de este derecho, primero se debe interpretar la valía de este, buscando los medios más adecuados para su protección en el ámbito nacional e internacional³⁴, para la no regresividad de los derechos que gravitan alrededor del agua. En el caso ecuatoriano, esto se debe llevar a cabo mediante la creación de estructuras institucionales adecuadas que observen, promuevan y protejan al ciudadano ante los entes destinados a brindar servicios públicos como el de abastecimiento del agua potable.

³⁴ En el ámbito internacional, se han conocido de experiencias más que jurisdiccionales, de marco ético, como el Tribunal Internacional del Agua establecido en 1983, el Tribunal Centroamericano del Agua 1998, y el Tribunal Latinoamericano del Agua en 2006.

Lo importante es reconocer que el mero hecho del reconocimiento de un derecho humano al agua debe llevar consigo una fuerte carga de políticas públicas nacionales y de observaciones internacionales, que permitan el pleno goce y disfrute de este derecho; pues al fin al cabo, la gente no vive de las leyes, sino de las riquezas, de los recursos naturales, y del saneamiento mejorado.

La principal obligación de garantizar el derecho al agua para los ciudadanos corresponde por tanto a los gobiernos, lo cual incluye la revisión de todas las concesiones de agua existentes, y principalmente de los centros más poblados, como Guayaquil, Quito y Cuenca. A la vez el Estado, como ente regulador de los recursos debe procurar que los actores privados no opten por políticas comerciales discriminatorias, ni que se vulneren los derechos humanos, sobre todo de los sectores menos privilegiados de la civilización moderna.

Finalmente, gobernantes, ciudadanos con agua y sin ella, debemos responsabilizarnos de adquirir un auténtico compromiso para su efectiva implementación, y así no solo hacer cumplir el derecho, sino combatir a la principal causa de la pobreza urbana y rural del Ecuador. Por lo que, asegurar el acceso humano al agua se debe alejar del discurso político, para alcanzar la efectiva soberanía y justicia alimentaria.



Bibliografía

Abramovich, V., & Courtis, C. (2009). Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En M. d. Humanos, C. Courtis, & R. Ávila (Edits.), *La protección judicial de los derechos sociales* (pág. 4). Quito, Ecuador.

Acosta, A. (2010). El agua, maltratada en Ecuador. En A. Acosta, & E. Martínez, *Agua. Un derecho humano fundamental* (pág. 7). Quito: Abya-Yala.

Arrojo, P. (2010). El reto ético de la crisis global del agua. En A. A. (comps), *Agua. Un derecho humano fundamental* (pág. 281). Quito: Ediciones Abya-Yala.

Artigas, M. (2003). *Filosofía de la Naturaleza* (Quinta ed.). Pamplona, España: EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, S. A.

Asamblea Nacional Constituyente. (11 de agosto de 1998). Constitución Política del Ecuador. *Registro Oficial N° 1*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.

Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia. (15 de octubre de 2012). Ley N° 300. *Ley N° 300 Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien*. Bolivia.

Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia. (7 de febrero de 2009). Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*. La Paz, Bolivia: Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. *Registro Oficial N° 449*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.

Asamblea Nacional del Ecuador. (19 de octubre de 2010). Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. *Registro Oficial N° 303*, Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial

Asamblea Nacional del Ecuador. (27 de diciembre de 2010). Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria. *Registro Oficial N° 349*. Registro Oficial. Obtenido http://www.soberaniaalimentaria.gob.ec/pacha/?page_id=132

Asamblea Nacional del Ecuador. (6 de agosto de 2014). Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua. *Registro Oficial N° 305*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.

Biblia. (s.f.). Éxodo 21:28. Versión Reina Valera.

Cabanellas de Torres, G. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental* (19 ed.). Buenos Aires: Heliasta.

CIDH, C. I. (s.f.). *Informe N° 40/04, Caso 12.053, Comunidades indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 155*. Recuperado el 9 de octubre de 2016, de Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm>

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. (2002). *Observación General 15*. Obtenido de Centro para Derechos Humanos de la Universidad de Minnesota: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm15s.html>

Diario El Universo. (16 de abril de 2004). *ONU: 4 millones de personas mueren al año a causa del agua*, pág. 4.

Engels, F. (1876). *El papel del Trabajo en la Transformación del mono en hombre*. GODOT.

Foy, P., & Cutire, S. (2010). *Apuntes sobre la presencia del animal en el Sistema Jurídico. Consideraciones Preliminares acerca de las Relaciones Sistemas Jurídicos - Animales. Derecho & Sociedad*.

Fuentes, L. (2015). *El Derecho Humano al agua en su contexto social y jurídico en el Ecuador*. Manta, Ecuador: La Letra.

Fuentes, L. (Julio de 2016). *Breve repaso de los fundamentos filosóficos y jurídicos de los derechos de la naturaleza en el Ecuador*. Lima, Perú.

Galeano, E. (27 de abril de 2008). *Página 12*. Recuperado el 23 de noviembre de 2016, de <https://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-103148-200804-27.html>

García, A. (2008). *El derecho al agua: reconocimiento y contenido*. En A. García, *El derecho humano al agua* (pág. 157). Madrid: Trotta, S.A.

García, D. (2010). Una Constitución hecha de agua. En A. Acosta, & E. Martínez, *Agua. Un derecho humano fundamental* (Pág.173). Abya-Yala

Gaybor, A. (2010). Acumulación capitalista en el campo y despojo del agua. En A. Acosta, & E. Martínez, *Agua. un derecho humano fundamental* (pág. 56). Quito: Abya-Yala.

Grijalva, A. (2008). El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana del 2008. *Ecuador Debate*, 49-62.

Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudio de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa.

Gudynas, E. (2011). Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política. En A. A. Martínez, *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política* (págs. 239-286). Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala.

Gudynas, E. (2014). *Derechos de la Naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*. Lima.

Montaña, J. (2012). *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano: perspectiva comparada*. (1ra. ed.). Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el periodo de transición.

Murcia, D. (2011). El sujeto naturaleza: elementos para su comprensión. En A. A. compiladores, *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*. (págs. 287-316). Quito: Ediciones Abya-Yala.

Naciones unidas. (3-14 de junio de 1992). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Doc. ONU A/CONF.151/26/rev.1 (Vol.1). Río de Janeiro. Obtenido de: <http://research.un.org/es/docs/environment/conferences>

Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1976). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Obtenido de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. París.

Naciones Unidas. (22 de junio de 2010). *Naciones Unidas*. Obtenido de <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/64/292>

Naciones Unidas. (22 de junio de 2015). *Naciones Unidas Derechos Humanos*. Obtenido de http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC_sp.pdf

Nino, C. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO. (2009). *UNESCO*. Recuperado el 15 de agosto de 2009, de la UNESCO: <https://unesdoc.unesco.org/images/0018/001854/185432s.pdf>

Presidencia de la República de Costa Rica y Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones. (5 de junio de 2002). Decreto Ejecutivo N° 30480-MINAE. *Decreto Ejecutivo N° 30480-MINAE*. San José, Costa Rica: Diario Oficial La Gaceta.

RAE, R. A. (2 de julio de 2016). *Real Academia Española*. Obtenido de <http://www.rae.es/>

Santos, B. d. (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montevideo: Ediciones Trilce.

SENPLADES, S. N. (2009). *Nacional para el Buen Vivir 2009 – 2013: Construyendo un Estado plurinacional e Intercultural*. Quito

Sentencia 4654-2003, 4654-2003 (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 27 de mayo de 2003). Recuperado el 24 de junio de 2015, de <http://sitios.poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Sentencias/2011/11-006221.html>

Sentencia Corte Constitucional de Colombia T-414/95, T-413/95 (Corte Constitucional de Colombia 13 de septiembre de 1995). Recuperado el 22 de junio de 2015, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-552-11-htm>

UNESCO. (2009). *Resultado de la Reunión de expertos internacionales sobre el derecho humano al agua*. Obtenido de <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001854/185432s.pdf>

UNICEF, OMS. (2008). *Programa Conjunto OMS/UNICEF de Monitoreo de Abastecimiento de Agua y del Saneamiento*.

Zaffaroni, E. (2011). La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia. En D. H. Ministerio de Justicia, *Los Derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus Derechos* (Primera ed.). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

Zaffaroni, E. R. (2011). *La Pachamama y el humano*. En A. Acosta, & E. Martínez, *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*. Quito, Ecuador: ABYA YALA.

Mauro Leonel Fuentes Sáenz de Viteri

Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Espíritu Santo; Diploma Superior en Docencia Universitaria por la Universidad de Guayaquil; Diploma en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca; Diploma en Derecho Internacional Público por la Universidad de La Habana; Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador; Licenciado en Ciencias Sociales y políticas por la Universidad de Guayaquil; candidato a Doctor Ph.D. en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; Jefe de Cátedra de Teoría General del Derecho de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y políticas y Docente de la Universidad Espíritu Santo.

Entre sus publicaciones cabe destacar: Apuntes socio jurídicos "*Del homo socius al homo juridicus*" (2012), y El Derecho Humano al Agua en su contexto social y jurídico en el Ecuador (2015)

