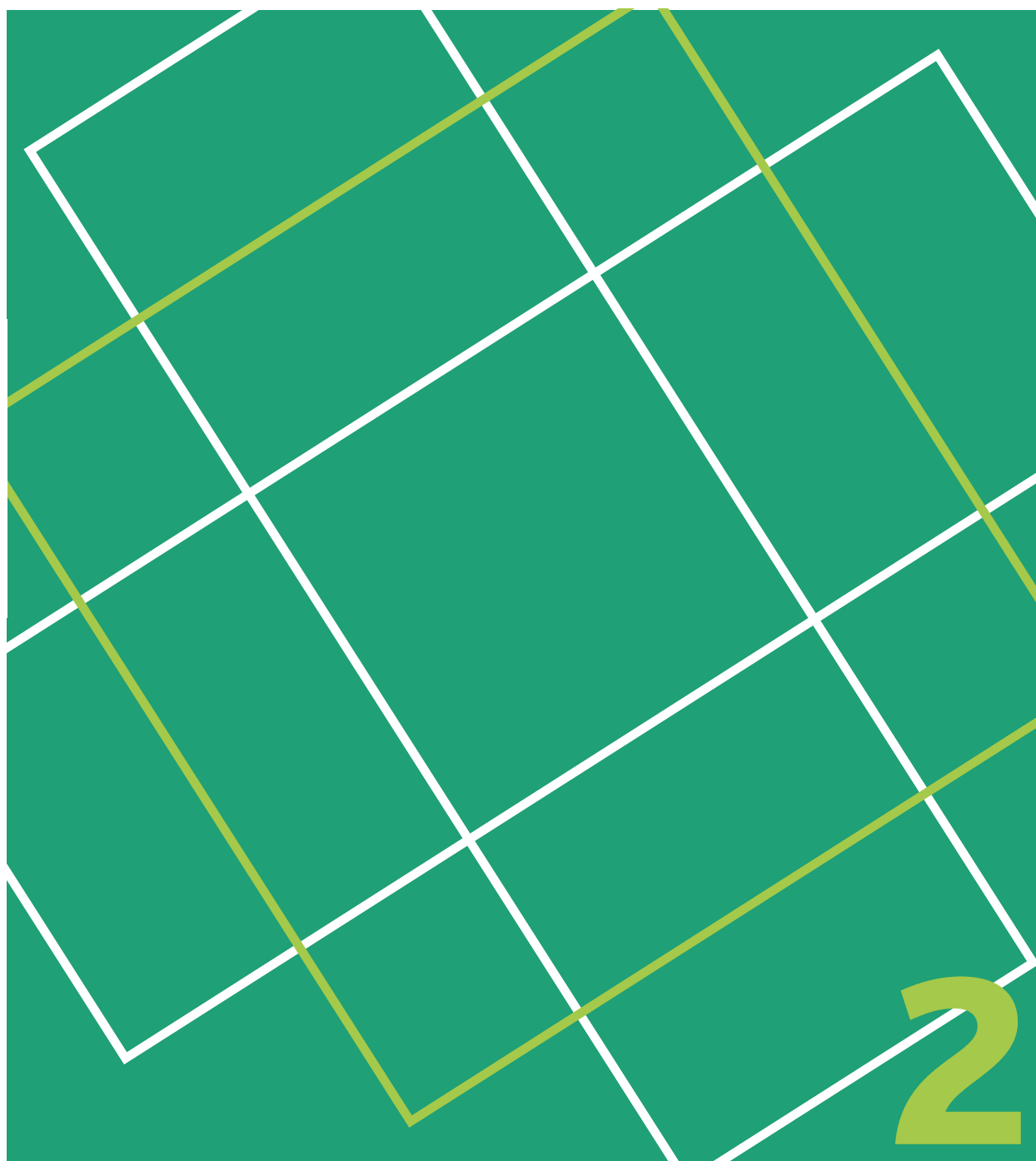


Andares

REVISTA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA NATURALEZA

TEMA CENTRAL: Derechos de la naturaleza y pueblos indígenas



Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Interculturalidad | Diversidades | Justicias | Solidaridad | Dignidad | Paz | Verdad
Convivencia | Igualdad | Interdependencia | Reparación | Memoria



Andares: Revista de Derechos Humanos y de la Naturaleza
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

e-ISSN 2953-6782

Julio-diciembre 2022 • N.º 2

Revista académica semestral del Programa Andino de Derechos Humanos (PADH) de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, especializada en reflexionar desde una perspectiva crítica e interdisciplinaria sobre los derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador y en América Latina. Tiene como antecedente la revista *Aportes Andinos*, publicada entre 2002 y 2015. En esta nueva etapa, la revista amplía sus debates a los desafíos locales, regionales y globales que enfrentan las nuevas y diversas relaciones.

EDITORA

Adriana Rodríguez Caguana, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

EDITOR ADJUNTO

Carlos Reyes Valenzuela, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

COMITÉ EDITORIAL: Alberto Binder (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Blanca Fernández (Universidad Nacional de José Clemente Paz, Argentina), Christian Paula Aguirre (Universidad Central del Ecuador), Cristina Burneo (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Esperanza Martínez (Organización Acción Ecológica, Ecuador), Fabián Salvioli (Universidad Nacional de La Plata, Argentina), Francisco Hurtado (Observatorio Social del Ecuador), Gaja Joanna Makaran Kubis (Universidad Nacional Autónoma de México), Javier Arcentales (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Johanna Romero (Universidad Nacional de José Clemente Paz, Argentina), Juan Pablo Albán (Universidad San Francisco de Quito, Ecuador), Judith Salgado Álvarez (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Kamila Torres (Universidad del Azuay, Ecuador), Leonel Fuentes (Universidad de Guayaquil, Ecuador), Ligia Bolívar Osuna (Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela), Raquel Yrigoyen (Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Perú), Silvia Bagni (Universidad de Bolonia, Italia), Silvina Ramírez (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

CORRECCIÓN DE ESTILO: Alejo Romano

DIAGRAMACIÓN: Martha Vinueza M.

Revista electrónica de acceso libre que publica dos números al año. Es revisada por pares, con metodología doble ciego.

Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

Índice

Editorial	2
TEMA CENTRAL	
<p>La reserva de ley y la seguridad jurídica como mecanismos para tutelar los derechos de la naturaleza: Un estudio de las sentencias n.º 32-17-IN/21 y n.º 22-18-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador</p> <p>THE PRINCIPLES OF COMPULSORY LEGISLATIVE REGULATION (RESERVA DE LEY) AND LEGAL CERTAINTY AS MECHANISMS TO DEFEND RIGHTS OF NATURE IN THE ECUADORIAN CONSTITUTION: A STUDY OF THE CONSTITUTIONAL COURT RULINGS NO. 32-17-IN/21 AND NO. 22-18-IN/21</p> <p><i>Lena Koehn</i></p>	4
<p>El riesgo en comunidades expuestas a proyectos de desarrollo de gran escala: Propuesta de un modelo para entenderlo, mapearlo y transformarlo</p> <p>THE RISK IN COMMUNITIES EXPOSED TO LARGE-SCALE DEVELOPMENT PROJECTS: PROPOSAL OF A MODEL TO UNDERSTAND, MAP AND TRANSFORM IT</p> <p><i>Diana Milena Murcia</i></p>	15
<p>The Dilemmas of Silence: Evidence, Indigenous Traditional Knowledge and Secrecy in Four Cases Involving Indigenous Peoples in Cultural and Territorial Isolation</p> <p>LOS DILEMAS DEL SILENCIO: EVIDENCIA, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES INDÍGENAS Y EL SECRETO EN CUATRO CASOS DE PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO CULTURAL Y TERRITORIAL</p> <p><i>Nina Valerie Kolowratnik</i></p>	26
<p>El pluralismo jurídico como aporte a la construcción de respeto y observancia a los derechos de la naturaleza en Ecuador</p> <p>LEGAL PLURALISM AS A CONTRIBUTION TO THE CONSTRUCTION OF RESPECT AND OBSERVANCE OF THE RIGHTS OF NATURE IN ECUADOR</p> <p><i>Oscar Mauricio Sánchez Nivicela</i>.....</p>	40
<p>La hermenéutica del término <i>biodiversidad</i> en la Constitución de Ecuador</p> <p>THE HERMENEUTICS OF THE TERM <i>BIODIVERSITY</i> ACCORDING TO THE CONSTITUTION OF ECUADOR</p> <p><i>Juan Sebastián Acosta, Esperanza Martínez Yáñez y Nathaly Padilla Velasco</i></p>	49
RESEÑA	
<p>Los derechos de la naturaleza desde una perspectiva intercultural en las Altas Cortes de Ecuador, la India y Colombia, de Adriana Rodríguez Caguana y Viviana Morales</p> <p>REVIEW OF THE BOOK <i>THE RIGHTS OF NATURE FROM AN INTERCULTURAL PERSPECTIVE IN THE HIGH COURTS OF ECUADOR, INDIA AND COLOMBIA</i>, BY ADRIANA RODRÍGUEZ CAGUANA AND VIVIANA MORALES.....</p>	61

Editorial

La construcción de los derechos humanos es uno de los grandes acontecimientos de la modernidad, indispensable para frenar los totalitarismos y poner en el centro de la protección internacional al ser humano. Hoy en día, la crisis ambiental está cuestionando esa centralidad. En los últimos 25 años ha existido una preocupación internacional por el derecho ambiental; de hecho, existen cerca de veinte tratados internacionales sobre el tema. La gran mayoría de los países de América Latina y el Caribe son parte de este giro hacia la protección ambiental, con la incorporación de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1994), el Acuerdo de París (2015) y el Acuerdo de Escazú (2021). En estos tratados, los países de la región se han comprometido a disminuir la emisión de gases de efecto invernadero y a frenar la contaminación. El Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó en 2008 la resolución 7/2376, en la que estableció la urgencia de una interdependencia entre el derecho ambiental y los derechos humanos. Sin duda, estos esfuerzos del derecho internacional han sido positivos, pero siguen siendo insuficientes ante la crisis civilizatoria generada por el calentamiento global, la contaminación y la extinción de especies.

Los derechos de la naturaleza cuestionan el antropocentrismo y apuestan por otras formas de relacionamiento, en las que el ser humano deje de ser el punto de la atención moral y se coloque a la vida como receptora de valor. Este desarrollo tiene dos antecedentes: por un lado, el construido en el pensamiento crítico del Norte con la jurisprudencia de la tierra en Estados Unidos y Canadá; por otro, en un período más reciente, el surgido en el contexto geográfico y cultural de Latinoamérica con la Constitución de Ecuador, a partir del reconocimiento de ontologías indígenas como la Pacha Mama. Ecuador se presenta, así, como pionero en el cambio de paradigma del derecho.

Los derechos de la naturaleza y los derechos humanos, especialmente de los pueblos indígenas, se encuentran íntimamente relacionados. El concepto de territorialidad se amplía a las relaciones ontológicas entre cultura y naturaleza. Los Estados que reconocen por cualquier vía estos derechos apuestan por un futuro de armonía; sin embargo, los modelos de desarrollo extractivos que persisten en la región se distancian de este propósito.

En este segundo número de *Andares: Revista de Derechos Humanos y de la Naturaleza*, se aborda la temática de derechos de la naturaleza y los pueblos indígenas desde múltiples miradas, nacionales e internacionales, que enriquecen un diálogo urgente y necesario.

El primer artículo, “La reserva de ley y la seguridad jurídica como mecanismos para tutelar los derechos de la naturaleza: Un estudio de las sentencias n.º 32-17-IN/21 y n.º 22-18-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador”, de la autora Lena Koehn, expone la importancia del desarrollo jurisprudencial para que los poderes del Estado no puedan regular derechos de la naturaleza a conveniencia o bajo intereses económicos extractivistas. Las sentencias que se analizan en el trabajo dan cuenta de un conocimiento profundo de la normativa ecuatoriana sobre derechos de la naturaleza.

El segundo artículo, “El riesgo en comunidades expuestas a proyectos de desarrollo de gran escala: Propuesta de un modelo para entenderlo, mapearlo y transformarlo”, de Diana Murcia, propone un modelo teórico para dimensionar el riesgo de padecer violaciones de derechos humanos en comunidades

impactadas por la imposición de proyectos extractivos. Este modelo se basa en estándares internacionales de derechos humanos. Es una propuesta significativa para las comunidades en la defensa de sus derechos.

El tercer artículo, “The Dilemmas of Silence: Evidence, Indigenous Traditional Knowledge and Secrecy in Four Cases Involving Indigenous Peoples in Cultural and Territorial Isolation”, de Nina Kolowratnik, analiza el dilema del silencio cuando las comunidades indígenas se enfrentan a procesos judiciales y deben aportar desde sus conocimientos tradicionales, distantes del sistema. La autora analiza el caso *Pueblo of Jemez vs. United States of America* y sugiere mapas probatorios alternativos en los que exista un intercambio de conocimientos tradicionales. Este análisis lo extiende al caso *Pueblos indígenas Tagaeri y Taromenane vs. Ecuador*, el primer caso sobre pueblos en aislamiento voluntario, que se encuentra actualmente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es un documento comprometido, propositivo, para romper el silencio y buscar justicia desde un abordaje interdisciplinario.

El cuarto artículo, “El pluralismo jurídico como aporte a la construcción de respeto y observancia a los derechos de la naturaleza en Ecuador”, de Oscar Sánchez, es una reflexión necesaria sobre los alcances conceptuales del pluralismo jurídico y la interculturalidad para comprender los derechos de la naturaleza desde las ontologías indígenas, las nociones de territorio y la distancia con el extractivismo. Para el autor, los ecosistemas son interculturales porque existen pueblos que se consideran parte de él.

El quinto y último artículo, “La hermenéutica del término *biodiversidad* en la Constitución de Ecuador”, un trabajo de coautoría entre Juan Sebastián Acosta, Esperanza Martínez y Nathaly Padilla, aborda un estudio sobre la biodiversidad en la Constitución, las contradicciones existentes en cuanto al desarrollo de su contenido y sus implicaciones en la creación de leyes secundarias.

Los cinco artículos que se presentan en este número abordan problemas y desafíos actuales para efectivizar los derechos de la naturaleza en Estados heterogéneos. Queda todavía un camino por recorrer por parte de la academia y de las organizaciones sociales. Finalmente, encontrarán una reseña del libro *Los derechos de la naturaleza desde una perspectiva intercultural en las Altas Cortes de Ecuador, la India y Colombia*, de Adriana Rodríguez Caguana y Viviana Morales, por parte de Agustín Grijalva, exjefe de la Corte Constitucional.

Este número muestra que es necesario un tipo distinto de gobernanza, que evolucione los principios clásicos del derecho liberal, como la libertad, la igualdad y la fraternidad, y se complemente con otros principios, presente en ontologías “otras”, como el equilibrio, la armonía, la reciprocidad y la complementariedad.

*Programa Andino de Derechos Humanos
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*

La reserva de ley y la seguridad jurídica como mecanismos para tutelar los derechos de la naturaleza: Un estudio de las sentencias n.º 32-17-IN/21 y n.º 22-18-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador

The Principles of Compulsory Legislative Regulation (Reserva de Ley) and Legal Certainty as Mechanisms to Defend Rights of Nature in the Ecuadorian Constitution: A Study of the Constitutional Court Rulings No. 32-17-IN/21 and No. 22-18-IN/21

Recepción: 29/09/2022 • Revisión: 06/10/2022 • Aceptación: 10/10/2022

<https://doi.org/10.32719/29536782.2022.2.1>



Lena Koehn

Ludwigs-Maximilians-Universität München
Múnich, Alemania
lena.koehn@campus.lmu.de

Resumen

Los derechos de la naturaleza son uno de los aspectos más innovadores de la Constitución de Ecuador, y han atraído la atención de juristas tanto ecuatorianos como internacionales. Con el desarrollo de los derechos de la naturaleza por parte —sobre todo— de la Corte Constitucional a partir de 2019, se ha empezado a concretar el contenido de dichos derechos abstractos y a discutir la relación entre los derechos de la naturaleza y otros derechos y garantías. Este trabajo tiene como objetivo hacer un aporte a este último punto, desarrollando los límites que imponen la garantía de la reserva de ley y el derecho a la seguridad jurídica en actos privados y estatales, en el contexto de los derechos de la naturaleza. Para ello, primero se analizarán la reserva de ley y el derecho a la seguridad jurídica en el contexto jurídico ecuatoriano. Luego, se examinarán dichos conceptos en relación con los derechos de la naturaleza a través de un análisis de las sentencias constitucionales n.º 32-17-IN/21 y n.º 22-18-IN/21 (caso Manglares). Como se podrá evidenciar, la Corte Constitucional ha fortalecido sustancialmente el papel del legislador en proyectos con incidencia en los derechos de la naturaleza: un aporte esencial para tutelar tales derechos y al mismo tiempo reforzar la democracia participativa.

Abstract

The recognition of rights of nature is one of the most innovative aspects of the current Constitution of Ecuador and has attracted the attention of lawyers all over the world. This especially since 2019, when the Constitutional Court of Ecuador began to systematically concretize the abstract constitutional terms and examine the relation between rights of nature and other constitutional rights and guarantees. This paper aims to contribute to the latter by analyzing the constitutional guarantee of compulsory legislative (instead of e.g. administrative) regulation (reserva de ley) and the right to legal certainty and its role in defending rights of nature. After having introduced both constitutional concepts, the article proceeds to examine the Constitutional Court judgements n.º 32-17-IN/21 y n.º 22-18-IN/21 (Mangrove Case) focusing on the guarantee of compulsory legislative regulation (reserva de ley) and legal certainty as means to protect rights of nature. It is shown, that through the discussed constitutional concepts the Constitutional Court of Ecuador has limited the administrative regulation of rights of nature appealing to the responsibility of the legislator in matters of fundamental constitutional relevance, among them, rights of nature. The paper concludes that Constitutional Court of Ecuador thereby not only defends rights of nature but also strengthens participative democracy.

Palabras clave

Ecuador
derechos de la naturaleza
seguridad jurídica
reserva de ley
certeza
democracia participativa

Keywords

Ecuador
rights of nature
legal certainty
responsibilities of legislator
participative democracy



Introducción

Con la Constitución de Montecristi, Ecuador sorprendió a la comunidad jurídica al convertirse en el primer país en el mundo en reconocer derechos subjetivos constitucionales a la naturaleza. Sin embargo, mientras que la comunidad internacional celebró el cambio de paradigma en el orden jurídico ecuatoriano,¹ en Ecuador dominó —después de un corto período de euforia—² la decepción sobre una falta de cambios sustanciales en políticas estatales, la legislación y la jurisprudencia.³ El Gobierno del expresidente Rafael Correa percibió los derechos de la naturaleza como una amenaza para su política extractivista⁴ y emitió, solo un año después de su reconocimiento, la Ley de Minería, que, sin adoptar el nuevo paradigma constitucional, creó el margen jurídico para facilitar la minería incluso a gran escala. Mario Melo destaca la sentencia constitucional de 2010 en la acción pública de inconstitucionalidad de la Ley de Minería⁵ como el momento en el cual se rompió la ilusión de que era posible exigir una nueva política ambiental por vía judicial:

Demostró la Corte que no iba a fallar nada en contra del presidente de la república. Entonces fue el fin de la ilusión de tener una nueva corte. [...] Esta fue una alerta de que el Gobierno de Correa iba a hacer todo lo posible para desmontar los derechos de la naturaleza por el camino que tuviera, sea legislativo o sea de la justicia.⁶

La situación cambió con el Gobierno de Lenín Moreno: si bien no mostró un esfuerzo político para proteger y promover los derechos de la naturaleza, no hubo presión a las cortes, lo que permitió un verdadero desarrollo jurisprudencial al respecto. Una tendencia algo parecida, aunque más negligente en la protección de estos derechos, se puede observar también en el Gobierno de Guillermo

Lasso.⁷ Marcelo Mena comenta al respecto: “Sabías como abogado y como defensor de los derechos humanos y de los derechos de la naturaleza que litigar en contra del Estado ya no era caso perdido”.⁸ Especialmente a partir de 2019 —con la nueva composición progresista de la corte— se pueden evidenciar varios fallos emblemáticos que aplican y desarrollan los derechos de la naturaleza.⁹

Las sentencias constitucionales n.º 32-17-IN/21 y n.º 22-18-IN/21 (caso Manglares) hicieron un aporte fundamental al visibilizar nuevas herramientas constitucionales para tutelar los derechos de la naturaleza. Demuestran que la reserva de ley limita las formas de regular los derechos de la naturaleza y que de la seguridad jurídica se derivan argumentos a favor de estos, y no solo de los derechos humanos. Por lo tanto, en este estudio se analizarán las sentencias constitucionales n.º 32-17-IN/21 y n.º 22-18-IN/21 (caso Manglares) con un enfoque en la relación entre la garantía de la reserva de ley, el derecho a la seguridad jurídica y los derechos de la naturaleza.

La seguridad jurídica y la reserva de ley en el contexto jurídico ecuatoriano

Antes de analizar las sentencias, conviene echar un vistazo a la garantía de la reserva de ley y al derecho a la seguridad jurídica, reconocidos en los arts. 82, 132 y 133 de la Constitución ecuatoriana.

La reserva de ley

La Constitución ecuatoriana conoce dos formas de reserva de ley, correspondientes a los dos tipos de leyes, orgánicas y ordinarias, que se distinguen en este código político.¹⁰ Sorprendentemente, la diferenciación del Constituyente entre ley orgánica y ley ordinaria no tiene ningún significado práctico,

1 Véanse, por ejemplo, María Valeria Berros, “Defending Rivers: Vilcabamba in the South of Ecuador”, *RCC Perspectives* 6 (2017), <https://bit.ly/3ElzeqH>; Michael Schröter y Klaus Bosselmann, “Die Robbenklage im Lichte der Nachhaltigkeit”, *Zeitschrift für Umweltrecht* 29, n.º 4 (2018); Jens Kersten, “Who Needs Rights of Nature?”, *RCC Perspectives* 6 (2017), <https://bit.ly/3TGglsw>.

2 Véase, por ejemplo, Alberto Acosta y Esperanza Martínez, eds., *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora* (Quito: Abya-Yala, 2009).

3 Mario Melo, “La nueva ronda petrolera y el derrumbe del paradigma constitucional”, en *Horizonte de los derechos humanos: Ecuador 2012*, ed. Gina Benavides y Gardenia Chávez (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013), 104.

4 Marcelo Mena y Mario Melo, entrevistados por la autora, 9 de mayo de 2022 y 4 de agosto de 2022, respectivamente.

5 Ecuador Corte Constitucional para el Período de Transición, “Sentencia n.º 001-10-SIN-CC”, Caso n.º 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 18 de marzo de 2010.

6 Mario Melo, entrevistado por la autora, 4 de agosto de 2022.

7 Marcelo Mena y Adriana Rodríguez, entrevistados por la autora, 9 de mayo de 2022 y 1 de septiembre de 2022, respectivamente.

8 Marcelo Mena, entrevistado por la autora, 9 de mayo de 2022.

9 Véanse, por ejemplo, Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 22-18-IN/21”, Caso n.º 22-18-IN (Caso Manglares), 8 de septiembre de 2021; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 1149-19-JP/21”, Caso n.º 1149-19-JP/20 (Los Cedros), 10 de noviembre de 2021; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 2167-21-EP/22”, Caso n.º 2167-21-EP (Río Monjas), 19 de enero de 2022; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 253-20-JH/22”, Caso n.º 253-20-JH (Mona Estrellita), 27 de enero de 2022.

10 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 132-3.

dado que los procedimientos de formación son idénticos para ambos tipos de leyes.¹¹

La reserva de ley orgánica se establece en el art. 133 de la Constitución y tipifica materias que deben y pueden ser reguladas por dicho tipo de ley. Es decir, las materias enumeradas en el art. 133 no pueden ser reguladas por otro precepto jurídico que no sea ley orgánica, y al mismo tiempo la enumeración impide que otra materia, aparte de las reconocidas en el art. 133, sea regulada por este tipo de ley (dominio máximo legal).¹²

La reserva de ley ordinaria (en el art. 132) enumera igualmente las materias que son de obligatoria regulación por medio de ley ordinaria. Sin embargo, como señala el inciso tercero del art. 133, “las demás serán leyes ordinarias”; esto es, la reserva no impide que otras materias sean reguladas por una ley ordinaria (dominio mínimo legal).¹³

La materia relevante en el ámbito de los derechos de la naturaleza se encuentra en el art. 132, num. 1 (“Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”), y en el art. 133, num. 2 (“Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”). Entonces, la Corte Constitucional percibe que el art. 133 —como ley especial del art. 132— concreta la forma de regulación legislativa de materias que específicamente deben ser reguladas a través de una ley orgánica.¹⁴

En cuanto al ámbito de aplicación de la reserva de ley en cuestión, la Constitución tiene una terminología muy variada, con distintas disposiciones que regulan “el desarrollo”,¹⁵ “la regulación”¹⁶ y “la restricción”¹⁷ de derechos y garantías constitucionales, así como “el atentar contra”¹⁸ ellos de diferente manera. Para evitar contradicciones entre

estas normas, es indispensable distinguir el término de la regulación de los otros conceptos constitucionales.¹⁹ Después de analizar las diferentes disposiciones, Oyarte concluye que “el legislador está autorizado a regular, condicionar e imponer requisitos al ejercicio de los derechos constitucionales y [...], dentro de ese ámbito, limitar el derecho fundamental, sin restringir su contenido”.²⁰

Es decir, mientras se puedan concretar los límites internos de la Constitución o restringir el modo, tiempo o lugar del ejercicio del derecho²¹, no se puede ni por ley ni por reforma constitucional²² imposibilitar o impedir el ejercicio de derechos y garantías constitucionales a persona alguna.²³ Se entiende que “persona alguna” —a partir del art. 10 de la Constitución— incluye a las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos y a la naturaleza, que gozan de derechos inalienables y de igual jerarquía.²⁴

El derecho a la seguridad jurídica

La seguridad jurídica se encuentra reconocida como derecho en el art. 82: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.²⁵ De dicho artículo, la Corte Constitucional deduce la conformidad a derecho (“respeto a la Constitución”) y la previsibilidad de actos estatales²⁶ y privados²⁷ (a la que contribuye “la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas”). Esta previsibilidad de la actuación de poderes públicos y privados “excluye la posibilidad de modificación arbitraria de situaciones jurídicas

11 Rafael Oyarte, *Derecho constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 673.

12 *Ibid.*, 674.

13 *Ibid.*, 674-5.

14 Véanse, por ejemplo, Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 32-17-IN/21”, *Caso n.º 32-17-IN*, 9 de junio de 2021, párr. 47; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 22-18-IN/21”, párr. 72; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 33-20-IN/21 y acumulados”, *Caso n.º 33-20-IN y acumulados*, 5 de mayo de 2021, párrs. 60-1; Oyarte, *Derecho constitucional*, 682.

15 Ecuador, *Constitución*, art. 11, num. 8, primer inciso.

16 *Ibid.*, arts. 132 (num. 1) y 133 (num. 2).

17 *Ibid.*, arts. 11 (num. 4) y 442 (primer inciso).

18 *Ibid.*, art. 84.

19 Como la terminología variada de la Constitución dificulta la interpretación de los arts. 132 y 133, se puede ver en Ecuador Corte Constitucional, “Voto salvado Corral: Sentencia n.º 32-17-IN/21”, *Caso n.º 32-17-IN*, 9 de junio de 2021, párr. 16.

20 Oyarte, *Derecho constitucional*, 703.

21 España Tribunal Constitucional, “Sentencia n.º 292/2000”, *Caso n.º 1.463/2000*, 4 de enero de 2001, 113.

22 Ecuador, *Constitución*, arts. 11 (num. 4), 84, 441 y 442.

23 Oyarte, *Derecho constitucional*, 701-2.

24 Ecuador, *Constitución*, arts. 10 y 11 (num. 6).

25 *Ibid.*, art. 82.

26 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 016-10-SEP-CC”, *Casos n.º 0092-09-EP y 0619-09-EP acumulados*, 29 de abril de 2010, 17.

27 *Ibid.*, 16.

preexistentes²⁸ y forma el fundamento para el goce eficaz de los derechos.²⁹ Permite “desarrollar la personalidad de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos sin miedos, incertidumbres, amenaza, daños o riesgos, lo cual crea un ambiente de previsibilidad, no solo sobre el comportamiento ajeno, sino del comportamiento propio”.³⁰

Actualmente, la Corte diferencia tres componentes similares del derecho a la seguridad jurídica —confiabilidad, certeza y no arbitrariedad—, y destaca al respeto:

La confiabilidad está garantizada con la generación de normas, es decir, aplicando el principio de legalidad. En cuanto a la certeza, los ciudadanos deben estar seguros de que las reglas de juego no sean alteradas, para lo que se debe contar con una legislación estable y coherente, así como un conjunto de normas que hagan valer sus derechos. Y, finalmente, debe evitarse una posible arbitrariedad por parte de los órganos administrativos y jurisdiccionales en la aplicación de preceptos legales.³¹

La seguridad jurídica y la reserva de ley como herramientas para tutelar los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador

Veremos a continuación cómo la reserva de ley y el derecho a la seguridad jurídica son aplicados como mecanismos de tutela de los derechos de la naturaleza por la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador.

Sentencia n.º 32-17-IN/21: Exigencia de ley orgánica precisa en caso de posible vulneración de derechos de la naturaleza

La sentencia bajo análisis resuelve una acción pública de inconstitucionalidad interpuesta en contra de los arts. 86 y 136 del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras (RAAM).³² Después

de analizar una incompatibilidad de las normas impugnadas con la reserva legal, los derechos de la naturaleza, el principio de precaución y la protección de caudales ecológicos, la Corte llega a la conclusión de la existencia de una violación de la reserva de ley orgánica y, por tanto, de la inconstitucionalidad de los arts. 86 y 136 de la RAAM.³³

El RAAM fue publicado por el Ministerio del Ambiente como Acuerdo Ministerial n.º 37 el 27 de marzo de 2014,³⁴ y regula la gestión ambiental en actividades mineras en sus fases de exploración inicial o avanzada, explotación, beneficio, procesamiento, fundición, refinación y cierre de minas, así como también en las actividades de cierres parciales y totales de labores mineras.³⁵ En concreto, tanto el art. 86 como el art. 136 de la RAAM tratan el tema de modificaciones en el curso natural de cuerpos hídricos por proyectos mineros, y hacen obligatorio un pronunciamiento de la autoridad única del agua sobre el asunto.

Violación de la reserva de ley orgánica del art. 133, num. 2, de la Constitución

La Corte se enfoca en su análisis constitucional en determinar si existe vulneración de las reservas de leyes reconocidas en los arts. 132 y 133 de la Constitución. En concreto, examina una posible vulneración de la reserva de ley orgánica para actos que “regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales” (art. 133, num. 2) por parte de los arts. 86 y 136 de la RAAM.³⁶ Empieza por destacar el objetivo de las normas, que consiste en “regular las actuaciones de las autoridades públicas cuando existen actividades mineras —ya sean derivados de proyectos mineros o de minería artesanal— que requieran de la modificación del curso natural de un cuerpo hídrico”.³⁷

Para evaluar si existe regulación del ejercicio de los derechos y garantías, la Corte recurre a información científica sobre la importancia del caudal ecológico para la biodiversidad y el funcionamiento ecológico de los ríos, y sobre una posible afectación de los proyectos de infraestructura:

28 *Ibíd.*, 17.

29 *Ibíd.*, 16.

30 *Ibíd.*, 16-7.

31 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 22-13-IN/20”, Caso n.º 22-13-IN, 9 de junio de 2020, párr. 49.

32 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 32-17-IN/21”, párr. 1.

33 *Ibíd.*, párrs. 47-69.

34 Ecuador Ministerio del Ambiente, *Reglamento Ambiental de Actividades Mineras*, Registro Oficial Suplemento 213, 27 de marzo de 2014.

35 *Ibíd.*, art. 1.

36 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 32-17-IN/21”, párrs. 47-69.

37 *Ibíd.*, párr. 53.

El caudal es posiblemente la variable más importante de los ríos, puesto que define su morfología, estructura, diversidad biológica y las tasas de sus procesos ecosistémicos. La diversidad y abundancia de formas de vida en ríos reflejan millones de años de evolución y adaptación a estos ciclos naturales y a las fluctuaciones del caudal. Obras de infraestructura que rompen esta conectividad y el régimen de caudal natural de los ríos tienen consecuencias graves para la biodiversidad y el funcionamiento ecológico de estos ríos.³⁸

Después de analizar la importancia del caudal ecológico y del estado natural del río por sus diversas funciones ecosistémicas, la Corte destaca que el desvío del curso natural “podría derivar en efectos adversos no solo en el río sino en todo lo que rodea o depende de este”.³⁹ A partir de estas consideraciones científicas, concluye que una alteración de los caudales ecológicos podría tener potenciales efectos en derechos constitucionales, no solo de titularidad de la naturaleza sino también de los seres humanos.⁴⁰ Por lo tanto,

esta Corte considera que las *normas impugnadas* regulan asuntos que tienen una *incidencia fundamental* en los derechos constitucionales. *Aun cuando su propósito central es que se cuente con permisos y autorizaciones para desviar el curso natural de un cuerpo hídrico, aquello conlleva, a su vez, una posible restricción de los derechos de la naturaleza y otros derechos conexos reconocidos en la Constitución.* Por lo anterior, a criterio de esta Corte, la *posibilidad de desviar* el curso natural de un cuerpo hídrico para el desarrollo de actividades mineras u otras actividades reguladas, *al incidir de manera directa en derechos constitucionales, debe estar consagrada en una ley orgánica, así como los procedimientos y estándares aplicables a las autorizaciones y permisos que se expidan para el efecto.*⁴¹

En este párrafo central de la sentencia, la Corte desarrolla estándares para la aplicación de la reserva de ley del art. 133, num. 2, de la Constitución en el contexto de los derechos de la naturaleza. Para el organismo, regular el ejercicio de derechos en dicho artículo significa tener “una incidencia fundamental en los derechos constitucionales” o provocar “una posible restricción” de ellos. Aunque

los artículos impugnados prevén la obligación de obtener un permiso o una autorización para el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico —al abrir la posibilidad de conducir esta modificación considerable del curso natural—, se provoca una potencial restricción de derechos constitucionales. Por lo tanto, se requiere una ley orgánica.

La Corte argumenta que el art. 133, num. 2, no solo exige alguna ley orgánica, sino que esta debe ser precisa; en el caso concreto, regular tanto la posibilidad del desvío como los procedimientos y estándares aplicables a las autorizaciones y permisos que se expidan para tal efecto. Al respecto, el organismo concreta algunos parámetros interesantes a tomar en consideración al expedirse una ley precisa: entre ellos se encuentran la necesidad de determinar legislativamente que existan autorizaciones o permisos fundamentados en información técnica, científica e independiente. Estas autorizaciones o permisos, en vez de constituir un mero trámite administrativo, deben garantizar el principio de prevención y velar por el respeto integral de la naturaleza y la regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; además, deben prevenir impactos ambientales graves o permanentes, asegurar la existencia de mecanismos eficaces de restauración y eliminar o mitigar potenciales consecuencias ambientales nocivas. Al mismo tiempo, la autoridad que emita las autorizaciones o permisos debe ejercer su competencia con miras a ser garante de la conservación, la recuperación y el manejo integral de los recursos hídricos y de la priorización de la sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano; en otras palabras: garante de los derechos constitucionales.⁴² Es decir, incluso si el RAAM hubiera sido una ley orgánica no habría cumplido con los requisitos que establece el art. 133, num. 2, de la Constitución, por no concretar el procedimiento descrito para autorizar el desvío de cursos naturales de cuerpos hídricos.

Finalmente, la Corte examina si existe alguna ley orgánica que cumpla con estos requisitos, y llega a la conclusión de que ni la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del

38 *Ibíd.*, párr. 58, citando a Andrea Encalada, “Funciones ecosistémicas y diversidad de los ríos: Reflexiones sobre el concepto de caudal ecológico y su aplicación en el Ecuador”, *Polémica* 2, n.º 5 (2010), 40, <https://bit.ly/3UKEQWM>.

39 *Ibíd.*, párr. 61.

40 *Ibíd.*, párr. 62.

41 *Ibíd.* Énfasis añadido.

42 *Ibíd.*, párr. 94.

Agua⁴³ ni la Ley de Minería⁴⁴ prevén el desvío de un curso natural con las afectaciones ecosistémicas antes descritas. Por lo tanto, concluye que, por falta de ley orgánica que regule el ejercicio de derechos y garantías en el caso de desvío de cursos naturales de cuerpos hídricos, se vulnera la garantía de reserva de ley orgánica del art. 133, num. 2, de la Constitución.⁴⁵

Análisis de los derechos de la naturaleza, el principio de prevención y precaución y la protección de los caudales ecológicos

En cuanto a las presuntas vulneraciones a los derechos de la naturaleza, el principio de precaución y la protección de caudales ecológicos, la Corte determina que no existen, pues la entidad administrativa encargada de otorgar los permisos y autorizaciones respectivas está obligada a velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales.⁴⁶ Como ya hemos visto, la Corte desarrolla estándares para el otorgamiento de estos permisos, que deben constar expresamente en una ley orgánica.⁴⁷

Algunas reflexiones

En este fallo, la jueza ponente Daniela Salazar Marín desarrolla una aplicación amplia de la reserva de ley orgánica del art. 133, num. 2, de la Constitución, de manera sistemática y coherente. Siempre que existe una posible restricción o una incidencia fundamental en los derechos, entre ellos los de la naturaleza, es necesaria una ley orgánica. La tarea del juez constitucional, entonces, consiste en realizar un análisis —también recurriendo a información científica— que permita prever los posibles efectos de una norma en el ejercicio de los derechos constitucionales. Vale destacar que este análisis profundo de los efectos de las normas jurídicas en los derechos constitucionales —y una interpretación autónoma del término *regular* a diferencia de *desarrollar*— es un avance fundamental de la jurisprudencia constitucional. En 2014, el mismo organismo había denegado la violación

de la reserva de ley orgánica en un caso de clara incidencia en el derecho al asilo y al refugio (art. 41 de la Constitución), argumentando que

una interpretación literal del numeral 2 del artículo 133 de la Constitución de la República [...] derivaría en imponer al legislador exclusivamente la emisión de leyes orgánicas, sobre la base que todas las normas regulan de cierto modo el ejercicio de los derechos contenidos en la Constitución y considerando que de conformidad al numeral 8 del artículo 11 de la Norma Fundamental “el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas...”⁴⁸

En el caso presente, en cambio, en vez de permitir que el presidente o sus ministerios regulen los derechos y garantías constitucionales a su gusto, Salazar Marín asegura que la Asamblea Nacional se encarga de esta tarea difícil e importante. La Asamblea Nacional es un organismo diverso legitimado directamente por el pueblo, y un proceso legislativo permite un discurso democrático constitucional importantísimo dentro y fuera de la Asamblea. Encargar a esta institución proyectos de incidencia fundamental en los derechos es de especial importancia en el marco de los derechos de la naturaleza en Ecuador, que suelen conflictuar con políticas gubernamentales extractivistas.

Además, parece significativo que la Corte no solo considere necesaria una ley orgánica aplicable a ciertos casos, sino que exija una que regule a la materia como garante de los derechos constitucionales: con esta aplicación amplia del art. 133, num. 2, la Corte asegura que la reserva de ley en casos de derechos de la naturaleza y derechos humanos constituya, por encima de una mera formalidad, un mecanismo mediante el cual la Asamblea Nacional vele por el cumplimiento de los derechos, introduciendo los estándares necesarios para su aplicación por parte de la Administración pública. Finalmente, es importante resaltar que el fallo muestra confianza en la Administración pública para que, en el marco de la ley orgánica, cumpla con su responsabilidad constitucional de respetar los derechos y las garantías constitucionales (art. 11,

43 Ecuador, *Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua*, Registro Oficial Suplemento 305, 6 de agosto de 2014.

44 Ecuador, *Ley de Minería*, Registro Oficial Suplemento 517, 29 de enero de 2009.

45 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 32-17-IN/21”, párrs. 63-7.

46 *Ibid.*, párrs. 70-92.

47 *Ibid.*, párrs. 76, 83 y 91-2.

48 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 002-14-SIN-CC”, Caso n.º 0056-12-IN y 0003-12-IA acumulados, 14 de agosto de 2014, 41.

num. 9, de la Constitución) otorgando o denegando las autorizaciones respectivas de manera fundada. Según la experiencia de Alemania, es imposible que las cortes se encarguen de resolver todos los problemas ambientales: dependen de una Administración capacitada y con fondos suficientes, que se perciba como garante de los derechos y garantías.

Sentencia n.º 22-18-IN/21 (caso Manglares): La seguridad jurídica: Mecanismo de defensa no solo para derechos humanos

En el caso Manglares, la Corte Constitucional del Ecuador acepta parcialmente una acción pública de inconstitucionalidad en contra de los arts. 104 (num. 7), 121, 184 y 320 del Código Orgánico del Ambiente (COAM) y de los arts. 278, 462 y 463 del Reglamento del COAM (RCOAM).⁴⁹

Aplicando el control abstracto de constitucionalidad de las normas impugnadas, la Corte hace un aporte importante al desarrollar varios aspectos de la protección constitucional de la naturaleza, entre ellos su perspectiva sistémica,⁵⁰ la relación entre el buen vivir y los derechos de la naturaleza⁵¹ y la obligación constitucional de conservar el suelo (art. 409 de la Constitución).⁵² Sin embargo, como el formato de este artículo no me permite analizar la sentencia en su totalidad y existen ensayos que ponen su enfoque en algunos de estos aspectos,⁵³ limitaré el análisis a las consideraciones muy interesantes e innovadoras que hace la Corte respecto a la seguridad jurídica en el contexto del art. 104, num. 7, del COAM.

Vulneración del derecho a la seguridad jurídica por el art. 104, num. 7, del COAM y el art. 278 del RCOAM

El art. 104 del COAM permite diferentes actividades en el ecosistema del manglar, entre ellos, por ejemplo, el fomento de la vida silvestre, la servidumbre de tránsito y turismo, y actividades de

recreación. Además, se encuentran dos numerales más amplios en cuanto a la enumeración taxativa: el num. 6 permite “otras actividades no tradicionales, científicas, artesanales, no destructivas del manglar”, y el num. 7, “otras actividades productivas o de infraestructura pública que cuenten con autorización expresa de la autoridad ambiental nacional y que ofrezcan programas de reforestación” en el manglar.

El art. 278 del RCOAM desarrolla —con respecto a la autorización ambiental descrita en el art. 104, num. 7— que la autoridad ambiental nacional podrá de manera excepcional otorgar autorizaciones para infraestructura de interés público o productivo en el manglar, mediante resolución motivada y previo informe técnico. Esta autorización excepcional podrá incluir la tala o poda del manglar y emitirse después de que el proponente haya obtenido la autorización administrativa ambiental (general).⁵⁴ La autorización excepcional deberá contener la determinación del área de restauración y compensación de cobertura de manglar y un comprobante de pago por compensación monetaria, equivalente a la totalidad de los costos de restauración del área afectada.

En su análisis constitucional, la Corte se enfoca en una posible vulneración del derecho a la seguridad jurídica por las normas impugnadas. Para ello, recurre a la definición que distingue tres elementos de la seguridad jurídica —confiabilidad, certeza y no arbitrariedad—, presentada por el organismo en reiteradas ocasiones.⁵⁵ Examinando la primera variante del art. 104, num. 7, “otras actividades productivas [...] que cuenten con autorización expresa de la autoridad ambiental nacional”, la Corte destaca que

la categoría “otras actividades productivas” es genérica e indeterminada. Esta alta vaguedad extensiva apareja el riesgo de entenderse cualquier actividad, industrial y extractiva, con excusa de que son actividades de producción. Estas “otras actividades productivas” serían definidas a nivel reglamentario y se abre la posibilidad de realizar actividades que podrían ser destructivas del ecosistema de manglar, como la explotación

49 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 22-18-IN/21”.

50 *Ibid.*, párrs. 26-34.

51 *Ibid.*, párrs. 77-83.

52 *Ibid.*, párrs. 99-108.

53 Véanse, por ejemplo, Ramiro Ávila Santamaría, “La teoría sistémica del derecho en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Ecuador Debate* 116 (2022), <https://bit.ly/3Gvrdqe>; Javier Arcentales, “De objeto a sujeto de derechos: La naturaleza en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador”, *Ecuador Debate* 116 (2022), <https://bit.ly/3Gvrdqe>.

54 Nota de la autora.

55 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 22-18-IN/21”, párr. 52. Véase también Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 22-13-IN/20”, párr. 49.

intensiva de madera, de especies animales o el uso desmesurado del agua.⁵⁶

La Corte argumenta que esta vaguedad de la norma, que permite una gran discrecionalidad a la Administración, no se corrige con una autorización de la autoridad ambiental ni con un programa de reforestación por el gran valor económico, ambiental y social del manglar.⁵⁷ Para fundamentar el valor económico del manglar, la Corte cita información científica⁵⁸ que plantea que, “a nivel mundial, el valor económico total solo de los camarones, cangrejos y moluscos del manglar se calcula en más de 4 000 millones de USD al año”.⁵⁹ El organismo, de todos modos, sigue argumentando que el valor ecológico no puede ser cuantificado:⁶⁰

[E]l disfrute que tenemos de la naturaleza, eso no tiene precio, no tiene nombre y eso no lo va a sustituir en nada porque las personas, así tengamos agua potable, van a seguir yendo al río. Podemos tener los mejores parques, las mejores edificaciones, pero las personas van a seguir yendo a estar en el bosque de la tranquilidad que le dan los árboles, las aves, los peces.⁶¹

Además, la Corte enfatiza la importancia que tiene el ecosistema del manglar en la mitigación del cambio climático por su captación de carbono⁶², y destaca la relación cultural que tienen las comunidades y pueblos locales con él: “[E]l manglar vive en nosotros, es parte de nuestra historia, de nuestra cultura, de nuestra riqueza”.⁶³

Este alto valor cultural, ecológico y económico del manglar se ve reflejado en una protección legal especial no solo por el principio de prevención y los derechos de la naturaleza, sino también por el art. 406 de la Constitución y por convenciones internacionales como la Convención sobre los Humedales de Importancia Internacional (Convenio de Ramsar).⁶⁴ A partir de estas consideraciones, la Corte argumenta que el art. 104, num. 7, del COAM y el art. 278 del RCOAM no cumplen con el nivel de certeza

que requiere el derecho a la seguridad jurídica según el art. 82 de la Constitución:

La alta vaguedad de la expresión “otras actividades productivas” permite que sea la autoridad ambiental quien defina absolutamente este concepto y establezca los límites que considere para la protección de los derechos del manglar. La norma impugnada, por su indeterminación, al no definir cuáles serán las otras actividades productivas, deja de tener certeza. Además, *al delegar a la autoridad ambiental su definición, se permite una discrecionalidad que es contraria a la naturaleza de la norma constitucional que protege los derechos de la naturaleza y sus ecosistemas frágiles. La protección al ecosistema de manglar requiere de certeza, porque tiene derechos y porque la Constitución lo define como un ecosistema frágil.*⁶⁵

Con esta interpretación innovadora del derecho a la seguridad jurídica, la Corte desarrolla un nexo entre la protección constitucional de un bien jurídico y el nivel de certeza necesaria en normas que regulan la materia. Más allá de las interpretaciones tradicionales del art. 82 de la Constitución, que requieren iguales niveles de seguridad jurídica en cuanto a todo acto estatal y privado,⁶⁶ el organismo sugiere que el derecho a certeza garantiza una protección “graduada”. Propongo este término para destacar que, según el fallo, el nivel necesario de certeza de una norma varía dependiendo del nivel de protección legal del bien jurídico respectivo. En el caso de los manglares, que gozan de una protección constitucional especial como ecosistemas frágiles (art. 406 de la Constitución), y al mismo tiempo son titulares de derechos constitucionales (arts. 71 y 72 de la Constitución), el estatus de protección es alto; por lo tanto, al regular la materia, el nivel de certeza igualmente debe ser alto.

Al respecto, hay que tener en cuenta que reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos aumenta el nivel de protección jurídica de ella y sus componentes. Como señala Ávila anteriormente

56 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 22-18-IN/21”, párr. 59.

57 *Ibid.*, párr. 61.

58 *Ibid.*, párr. 64.

59 Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura (FAO), “Restauración y gestión del ecosistema de manglares”, FAO, accedido 18 de noviembre de 2022, párr. 6, <https://bit.ly/3EKPFQ>.

60 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 22-18-IN/21”, párr. 65.

61 *Ibid.*, citando audiencia pública y *amicus curiae* en el caso bajo análisis. José Enrique Valencia, perito comunitario oriundo de la parroquia Borbón, cantón Eloy Alfaro, provincia de Esmeraldas.

62 *Ibid.*, párr. 66.

63 *Ibid.*, párr. 67.

64 *Ibid.*, párr. 68; véase también Ecuador Corte Constitucional, “Voto salvado Andrade y Salazar: Sentencia n.º 22-18-IN/21”, Caso n.º 22-18-IN (Caso Manglares), 8 de septiembre de 2021, párr. 2.

65 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 22-18-IN/21”, párrs. 70-1. Énfasis añadido.

66 Véase, por ejemplo, Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 016-10-SEP-CC”, 16.

en este fallo: “El reconocimiento de derechos es una manera de reflejar la importancia que otorga la Constitución a las circunstancias que atraviesan los sujetos”.⁶⁷

Aparte, entiendo que el nivel de certeza igualmente varía según el grado de interferencia en el ámbito jurídico protegido:⁶⁸ en este caso, las importantes funciones ecológicas, culturales y económicas del manglar, posiblemente afectadas por “actividades productivas”, requieren de una norma más precisa que no delegue su concretización a la Administración. Por lo tanto, la Corte resuelve la inconstitucionalidad de la primera variante (“otras actividades productivas”) del art. 104, num. 7, del COAM por violar el derecho a la seguridad jurídica, y añade que también se ve violada la reserva de ley orgánica.⁶⁹ En cuanto al art. 278 del RCOAM, el organismo no recurre al derecho a la seguridad jurídica, sino que concluye que el artículo no podrá aplicarse para autorizar “otras actividades productivas” por falta de una ley orgánica que permita tal restricción de derechos.⁷⁰

Algunas reflexiones

En su voto salvado, Andrade y Salazar presentan otra interpretación del derecho a la seguridad jurídica. Las juezas constitucionales argumentan que la certeza necesaria de las normas está garantizada por la obligación administrativa de respetar el marco constitucional, la descripción de posibles actividades productivas en el art. 278 del RCOAM y el reconocimiento de distintas salvaguardias en el COAM y el RCOAM.⁷¹ Como salvaguardias en el COAM y el RCOAM, mencionan la expresa autorización ambiental motivada, la naturaleza excepcional de dicha autorización y el requerimiento del informe técnico previo y de programas de reforestación o restauración.⁷²

Mientras comparto la convicción de que un cierto margen de apreciación de la Administración es necesario⁷³ —sobre todo en materia ambiental, en que esta cuenta con conocimiento científico

especializado—, considero importante resaltar que las salvaguardias antes descritas no ponen a mi juicio límites claros a la discrecionalidad de la Administración. La motivación y el carácter excepcional de una resolución no impiden que los derechos sean vulnerados; los programas de reforestación y restauración mitigan un impacto ambiental pero no excluyen una interferencia grave en el ecosistema; y la incidencia del informe técnico en la autorización ambiental no se especifica en las normas impugnadas. Además, aunque existen dos numerales amplios que permiten “otras actividades” en el manglar —y por eso implican el riesgo de minar la lista taxativa—, el impugnado num. 7, a diferencia del num. 6, no limita las actividades a las “no destructivas del manglar”. Por lo tanto, es correcta la sentencia de mayoría, que dispone la inconstitucionalidad de la primera variante del art. 104, num. 7, del COAM por vulneración del derecho a la certeza.

Aparte, el fallo es muy relevante en cuanto desarrolla el nexo entre la protección jurídica de un bien, la interferencia en su ámbito jurídico protegido y el nivel de certeza necesario para su regulación: es una vía interesante y convincente para garantizar la previsibilidad de las actuaciones estatales y privadas en las áreas de gran importancia para la convivencia humana y la convivencia entre humanos y (otras partes de) la naturaleza.

Otro aspecto llamativo es el hecho de que una sentencia por primera vez deriva argumentos a favor de la naturaleza del derecho a la seguridad jurídica. Como comenta Agustín Grijalva: “Lo que me parece novedoso es este argumento, el apelar a la seguridad jurídica [...], quizás el principal argumento de las industrias extractivas en el país, la industria minera en particular”.⁷⁴

Mientras que en casos anteriores la protección de la naturaleza conflictuaba con el derecho a la seguridad jurídica de compañías mineras y petroleras en posesión de concesiones y licencias,⁷⁵ en el presente caso la posibilidad de que se autorice una actividad productiva por autoridad competente

67 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 22-18-IN/21”, párr. 24.

68 Así también Ecuador Corte Constitucional, “Voto salvado Andrade y Salazar”, párr. 20.

69 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 22-18-IN/21”, párrs. 72-3.

70 *Ibid.*, párrs. 87-93.

71 Ecuador Corte Constitucional, “Voto salvado Andrade y Salazar”, párr. 23.

72 *Ibid.*, párr. 14.

73 *Ibid.*, párr. 9.

74 Agustín Grijalva Jiménez, entrevistado por la autora, 20 de junio de 2022.

75 Véase, por ejemplo, la acción extraordinaria de protección de ENAMI EP en contra de la sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura que declaró la vulneración del derecho de participación por falta de consulta ambiental, y dejó sin efecto el registro ambiental otorgado a favor de ENAMI EP. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 1149-19-JP/21”, párr. 21; Ecuador Corte Provincial de Imbabura, “Sentencia”, *Proceso n.º 10332-2018-00640*, 10 de julio de 2019.

vulnera el principio de seguridad jurídica. Al respecto, Grijalva plantea que se debe entender que la seguridad jurídica está garantizada en el marco de la Constitución, como reza su art. 82.⁷⁶ Es decir que, desarrollando el derecho a la seguridad jurídica, es correcto y necesario salvaguardar los derechos y garantías. En vez de defender con el derecho a la seguridad jurídica posiciones legales —como concesiones o licencias— adquiridas inconstitucionalmente, la seguridad jurídica deberá garantizar la conformidad de actos públicos y privados con la Constitución.

Conclusiones

En las sentencias analizadas, los jueces Salazar y Ávila hacen un aporte fundamental al fortalecimiento del papel del legislador en cuanto a regulaciones de los derechos de la naturaleza y otras normas constitucionales conexas. En concreto, Salazar desarrolla el principio de reserva de ley orgánica en el art. 133, num. 2, de la Constitución, y determina que se requiere de una ley orgánica cuando exista incidencia fundamental en o una posible restricción de los derechos constitucionales. De manera convincente, argumenta que esta ley orgánica debe tener cierto nivel de precisión para asegurar que la Administración, dentro de su margen de apreciación, cumple con su responsabilidad de velar por los derechos y garantías, entre ellos los derechos de la naturaleza. Similarmente, Ávila desarrolla el derecho a la seguridad jurídica, en específico su elemento de certeza, en el marco de los derechos de la naturaleza. Propone una certeza “graduada”, que depende tanto del nivel de protección jurídica del bien como del nivel de interferencia en su ámbito jurídico protegido. De este modo, Ávila, según Grijalva, desarrolla la primera parte del derecho a la seguridad jurídica del art. 82 de la Constitución, que dice que “se fundamenta en el respeto a la Constitución”.⁷⁷

En resumen, dependiendo de la protección constitucional del componente de la naturaleza⁷⁸ y de la incidencia de la actividad respectiva, no basta con la existencia de una autorización ambiental al respecto, sino que es la responsabilidad constitucional del legislador concretar la posibilidad y

los procedimientos y estándares aplicables a las autorizaciones, para garantizar que no se permitan proyectos que vulneren los derechos de la naturaleza y otras normas constitucionales conexas. Queda la pregunta: ¿es realizable y deseable fortalecer el papel del legislador de tal manera en el contexto de los derechos de la naturaleza?

Se podría objetar que la protección de la naturaleza requiere conocimiento científico y técnico profundo; esto es, podría resultar imposible para el legislador prever todos los estándares ambientales aplicables para garantizar la máxima efectividad de los derechos de la naturaleza. Además, los estándares ambientales y las normas técnicas cambian constantemente con nuevos conocimientos científicos: una ley no permite la flexibilidad necesaria para adaptar el régimen legal inmediatamente a estos nuevos conocimientos científicos a causa del complejo proceso legislativo. Al observar la sentencia de Daniela Salazar, hay que admitir que no es probable que las dificultades descritas ocurran: Salazar limita la tarea del legislador a garantizar que existan autorizaciones o permisos fundamentados en información técnica, científica e independiente para asegurar que la Administración otorgue las autorizaciones de manera fundada y como garante de los derechos, en vez de en un mero trámite administrativo.

Aparte, se debe resaltar que poner límites legislativos estrictos a actos administrativos permite un control de la Administración por parte de una entidad más independiente del Gobierno: la Asamblea Nacional. Esto es de especial importancia si miramos al Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica, que cumple una función muy importante en la gestión ambiental —entre otros, por “otorgar, suspender, revocar y controlar las autorizaciones administrativas en materia ambiental en el marco de sus competencias”—⁷⁹ y, al mismo tiempo, es presidido por el ministro, un miembro del Gobierno. Similarmente, una aplicación amplia de la reserva de ley y el derecho a la seguridad jurídica asegura que el presidente no pueda regular los derechos de la naturaleza de acuerdo con su línea política por decreto ejecutivo.⁸⁰ Es decir, evita que los derechos de la naturaleza se vuelvan víctimas de una política extractivista.

76 Agustín Grijalva Jiménez, entrevistado por la autora, 20 de junio de 2022.

77 *Ibid.*

78 Véase, por ejemplo, la protección especial de los manglares o de los suelos, respectivamente en los arts. 406 y 409 de la Constitución.

79 Ecuador, *Código Orgánico del Ambiente*, Registro Oficial Suplemento 983, 12 de abril de 2017.

80 Véanse, por ejemplo, Ecuador, *Decreto Ejecutivo 95*, Registro Oficial 494, Cuarto Suplemento, 14 de julio de 2021; Ecuador, *Decreto Ejecutivo 151*, Registro Oficial 512, Sexto Suplemento, 10 de agosto de 2021.

Finalmente, cabe destacar que esta interpretación amplia de la reserva de ley y la seguridad jurídica tiene respaldo por la decisión constitucional en un modelo estatal de democracia participativa, según el art. 1, inciso segundo, de la Constitución ecuatoriana. La regulación de temas estatales fundamentales por parte del legislador —en vez de por el Gobierno, la Administración o la Justicia— garantiza mayor legitimación democrática y al mismo tiempo permite una mayor participación ciudadana. En cuanto al último punto, se pueden mencionar la posibilidad de una iniciativa popular normativa y de participación en el proceso legislativo respectivo.⁸¹ Aparte, un proyecto de ley permite un discurso democrático constitucional dentro y fuera de la Asamblea, que es de fundamental importancia en el caso de derechos de la naturaleza, un tema de alta conflictividad social: una parte de la ciudadanía depende económicamente de las industrias extractivistas, mientras que otra parte depende de la tierra no contaminada. Con base en estas consideraciones, se concluye que apelar a la responsabilidad del legislador en materia de derechos de la naturaleza —como proponen las sentencias bajo análisis— es una forma apta de proteger y promover estos derechos y al mismo tiempo fortalecer la democracia participativa.

Referencias

- Acosta, Alberto, y Esperanza Martínez, eds. *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*. Quito: Abya-Yala, 2009.
- Arcentales, Javier. “De objeto a sujeto de derechos: La naturaleza en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador”. *Ecuador Debate* 116 (2022): 59-74. <https://bit.ly/3Gvrdqe>.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “La teoría sistémica del derecho en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. *Ecuador Debate* 116 (2022): 127-38. <https://bit.ly/3Gvrdqe>.
- Berros, María Valeria. “Defending Rivers: Vilcabamba in the South of Ecuador”. *RCC Perspectives* 6 (2017): 37-44. <https://bit.ly/3ElzeqH>.
- Ecuador. *Código Orgánico del Ambiente*. Registro Oficial Suplemento 983, 12 de abril de 2017.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Decreto Ejecutivo 95*. Registro Oficial 494, Cuarto Suplemento, 14 de julio de 2021.
- . *Decreto Ejecutivo 151*. Registro Oficial 512, Sexto Suplemento, 10 de agosto de 2021.
- . *Ley de Minería*. Registro Oficial Suplemento 517, 29 de enero de 2009.
- . *Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua*. Registro Oficial Suplemento 305, 6 de agosto de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 002-14-SIN-CC”. *Caso n.º 0056-12-IN y 0003-12-IA acumulados*. 14 de agosto de 2014.
- . “Sentencia n.º 016-10-SEP-CC”. *Casos n.º 0092-09-EP y 0619-09-EP acumulados*. 29 de abril de 2010.
- . “Sentencia n.º 22-13-IN/20”. *Caso n.º 22-13-IN*. 9 de junio de 2020.
- . “Sentencia n.º 33-20-IN/21 y acumulados”. *Caso n.º 33-20-IN y acumulados*. 5 de mayo de 2021.
- . “Sentencia n.º 32-17-IN/21”. *Caso n.º 32-17-IN*. 9 de junio de 2021.
- . “Voto salvado Corral: Sentencia n.º 32-17-IN/21”. *Caso n.º 32-17-IN*, 9 de junio de 2021.
- . “Sentencia n.º 22-18-IN/21”. *Caso n.º 22-18-IN (Caso Manglares)*. 8 de septiembre de 2021.
- . “Voto salvado Andrade y Salazar: Sentencia n.º 22-18-IN/21”. *Caso n.º 22-18-IN (Caso Manglares)*. 8 de septiembre de 2021.
- . “Sentencia n.º 1149-19-JP/21”. *Caso n.º 1149-19-JP/20 (Los Cedros)*. 10 de noviembre de 2021.
- . “Sentencia n.º 2167-21-EP/22”. *Caso n.º 2167-21-EP (Río Monjas)*. 19 de enero de 2022.
- . “Sentencia n.º 253-20-JH/22”. *Caso n.º 253-20-JH (Mona Estrellita)*. 27 de enero de 2022.
- Ecuador Corte Constitucional para el Período de Transición. “Sentencia n.º 001-10-SIN-CC”. *Caso n.º 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados)*. 18 de marzo de 2010.
- Ecuador Corte Provincial de Imbabura. “Sentencia”. *Proceso n.º 10332-2018-00640*. 10 de julio de 2019.
- Ecuador Ministerio del Ambiente. *Reglamento Ambiental de Actividades Mineras*. Registro Oficial Suplemento 213, 27 de marzo de 2014.
- Encalada, Andrea. “Funciones ecosistémicas y diversidad de los ríos: Reflexiones sobre el concepto de caudal ecológico y su aplicación en el Ecuador”. *Polémika* 2, n.º 5 (2010): 40-7. <https://bit.ly/3UKEQWM>.
- España Tribunal Constitucional. “Sentencia n.º 292/2000”. *Caso n.º 1463/2000*. 4 de enero de 2001.
- FAO. “Restauración y gestión del ecosistema de manglares”. FAO. Accedido 18 de noviembre de 2022. <https://bit.ly/3EKPFQJ>.
- Kersten, Jens. “Who Needs Rights of Nature?”. *RCC Perspectives* 6 (2017): 9-14. <https://bit.ly/3TGglsw>.
- Melo, Mario. “La nueva ronda petrolera y el derrumbe del paradigma constitucional”. En *Horizonte de los derechos humanos: Ecuador 2012*, editado por Gina Benavides y Gardenia Chávez, 103-17. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013.
- Oyarte, Rafael. *Derecho constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019.
- Schröter, Michael, y Klaus Bosselmann. “Die Robbenklage im Lichte der Nachhaltigkeit”. *Zeitschrift für Umweltrecht* 29, n.º 4 (2018): 195-205.

81 Ecuador, *Constitución*, art. 103.

El riesgo en comunidades expuestas a proyectos de desarrollo de gran escala: Propuesta de un modelo para entenderlo, mapearlo y transformarlo¹

The Risk in Communities Exposed to Large-Scale Development Projects: Proposal of a Model to Understand, Map and Transform it

Recepción: 03/11/2022 • Revisión: 05/11/2022 • Aceptación: 12/11/2022

<https://doi.org/10.32719/29536782.2022.2.2>



Diana Milena Murcia

Universidad El Bosque de Colombia
Bogotá, Colombia
dmmurciar@unal.edu.co

Resumen

Las personas defensoras de los derechos humanos suelen ser percibidas en su individualidad, no así en el contexto organizativo y comunitario al que pertenecen y en el que libran sus luchas colectivas por los derechos. Esto incide en que no se aborde suficientemente la situación de riesgo de padecer violaciones de derechos humanos en las comunidades. Con el fin de incidir en el análisis del contexto de riesgo y en la capacidad de reacción para la transformación de las vulnerabilidades en comunidades y organizaciones de la sociedad civil, se diseñó un modelo de evaluación del riesgo, con elementos para el mapeo basados en el derecho internacional de los derechos humanos como eje de interlocución entre las comunidades y los Estados. En este escrito se describe la elaboración de ese modelo y sus componentes, y se hace explícito el objetivo de avanzar y cualificar el deber de realizar un control de convencionalidad en los actos de la función pública.

Abstract

Human rights defenders are usually perceived in their individuality, but not in the organizational and community context to which they belong and in which they wage their collective struggles. This contributes to the fact that the risk of human rights violations in the communities is not sufficiently addressed. To influence the analysis of the risk context and the reaction capacity for the transformation of vulnerabilities in communities and civil society organizations, a risk assessment model was designed, with elements for mapping based on International Human Rights Law, as the axis of dialogue between communities and States. This document describes the elaboration of this model and its components. It makes explicit the objective of advancing and qualifying the duty to control conventionality in the acts of the public function.

Palabras clave

personas defensoras
de derechos humanos
comunidades
riesgo de violaciones
de derechos humanos
estándares internacionales
de derechos humanos

Keywords

human rights defenders
communities
risk of human rights
violations
international human
rights standards

¹ La presente publicación ha sido elaborada con el apoyo financiero de la Unión Europea. Su contenido es responsabilidad exclusiva de la autora y no necesariamente refleja los puntos de vista de la Unión Europea.



Introducción

La defensa de los derechos humanos se ha configurado social y políticamente como si se tratara de una tarea individual. La figura del líder o lideresa ha sido útil para identificar con un rostro a las resistencias. ONG nacionales e internacionales, agencias y organismos intergubernamentales han encontrado en ellos referentes delineables y adaptables a las dinámicas de exigibilidad política y jurídica de los derechos humanos, a escala local y global.

Pero los rostros son muchos, y ese énfasis individual ha incidido en que sea en ellos y ellas en los que se concentren los ataques de agentes públicos y privados-económicos, así como de criminales funcionales a ambos.² Adicionalmente, la atención desproporcionada que suscitan termina invisibilizando los procesos comunitarios de los que emergen, lo cual, lejos de fortalecer las luchas, por muchas razones, las debilita. González y Tacha, por ejemplo, encuentran que

la categoría de defensor ambiental nos enfrenta a una doble paradoja. La primera es propiciada por el abordaje individualista que realza el ser y opaca lo común; la segunda es la que enaltece

al ambiente, entendido escuetamente como lo verde, la natura, la fauna y la flora, sin atar el concepto a su dimensión política, la cual alude a las consecuencias de la crisis del modelo económico extractivo y a la necesidad de perseguir cambios sociales estructurales. El conteo uno tras otro de asesinatos o amenazas a defensores y defensoras ambientales, y su reproducción continua en titulares, cifras y reportes que alertan sobre la repetición de los ataques, no necesariamente permite la profundización en la comprensión del engranaje colectivo o comunitario del que hacen parte estos líderes y lideresas.³

Si bien en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) se reconoce el derecho “individual o colectivamente” a procurar la realización de los derechos humanos,⁴ y se alude a los defensores de los derechos humanos ambientales como “las personas y los grupos” que promueven de forma pacífica los derechos humanos relacionados con el medio ambiente y la naturaleza,⁵ cuando las comunidades padecen ataques, particularmente en contextos de movilización, se sitúa este hecho como la consecuencia de un disturbio, como el resultado de un conflicto entre particulares.⁶

- 2 En su primer informe sobre personas defensoras de derechos humanos, de 2006, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) concluyó que son “víctimas frecuentes de violaciones al derecho a la vida” (CIDH, *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*, 7 de marzo de 2006, párr. 148, OEA/Ser.L/V/II.124). En el segundo, de 2011, alertó sobre un aumento de los ataques en su contra, particularmente en contextos de conflictividad social con “sectores de gran poder económico, como lo son las empresas que lideran proyectos de las industrias extractivas” (CIDH, *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*, 31 de diciembre de 2011, párr. 29, OEA/Ser.L/V/II). En 2016, el relator especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos publicó un informe en el que alertaba sobre el “sobrecogedor número de asesinatos, así como de amenazas y casos de acoso e intimidación, de defensores de los derechos humanos ambientales”, y advertía que esta forma de represión era “solo la punta del iceberg” (ONU Asamblea General, *Informe del relator especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*, 3 de agosto de 2016, párr. 2, A/71/281), para significar que detrás de los ataques a la vida había múltiples y recurrentes violaciones de derechos previamente experimentadas y en la impunidad. La organización Global Witness, especializada en la cuestión, señaló en su último informe que desde 2012 habían registrado el asesinato de 1733 personas en defensa de sus tierras y recursos en todo el mundo. “Esto significa un promedio de una persona defensora asesinada aproximadamente cada dos días durante diez años”; el 68 % de ellas, en América Latina (Ali Hines, “Una década de resistencia”, *Global Witness*, 7 de octubre de 2022, párr. 55, <https://bit.ly/3TQXVWV>).
- 3 Ximena González y Viviana Tacha, “Resituando al defensor ambiental: Del referente individual al proceso político”, *Tejiendo Saberes-PDTG*, 7 de marzo de 2018, párrs. 6-7, <https://bit.ly/3tIWj69>.
- 4 ONU Asamblea General, *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, 9 de diciembre de 1998, art. 1, Resolución 53/144.
- 5 ONU Asamblea General, *Informe del relator especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*.
- 6 En las medidas cautelares otorgadas por la CIDH a comunidades, generalmente hay una narrativa que asimila la violencia en contra de ellas, ya sea por parte de la Policía o de particulares que se han apropiado de sus territorios. Por ejemplo, en las otorgadas a los miembros de la comunidad Guapoy’s respecto de Brasil, con ocasión de la violencia policial ejercida en su contra debido a su movilización para la recuperación de tierras ancestrales ocupadas por terratenientes, la reivindicación de reintegración de su posesión ancestral y la demarcación o “retomada”, esta es interpretada como una acción de “delincuentes invasores de granjas” (CIDH, *Medidas cautelares n.º 517-22: Miembros de la comunidad Guapoy’s del pueblo indígena Guaraní Kaiowá respecto de Brasil*, 2 de octubre de 2022, párr. 7, Resolución 50/2022), lo que justifica la violencia policial ejercida contra ellos —que incluyó disparos desde helicópteros— e inhibe a las autoridades para actuar de forma contundente en contra de los particulares que los asesinaron en emboscadas (ibíd., párrs. 12 y ss.). En las otorgadas a familias indígenas tsotsiles de doce comunidades de Aldama (Chiapas) en México, debido a una confrontación entre dos ejidos colindantes —originada por un error administrativo en el reparto de las tierras realizado hace aproximadamente sesenta años, y que posteriormente fue empeorado debido a la sumatoria de más errores en la división territorial, la permisividad de venta de tierras comunales a individuos y el uso de fuentes de agua en la zona—, el Estado ha negado la existencia de violencia paramilitar, pese a los

En cambio, un ataque en contra de una defensora o un defensor individualmente considerado tiende socialmente a reconocerse *prima facie*, esto es, como un evento que procede de una injusticia o arbitrariedad. No obstante, esto no resulta una ventaja, pues “la sociedad se termina preocupando por la responsabilidad de quien dispara u ordena el crimen, pero no por el modelo que habilita esta violencia ni por los actores que la promueven”.⁷ No se profundiza en el terrible impacto que estos ataques ocasionan en los entornos comunitarios, que incluyen el escarmiento y el disciplinamiento comunitario, los cuales benefician directamente al agente económico que presenta intereses directos en un territorio determinado.

La subsunción de las causas sociales en lo individual también incide en las soluciones que se proponen, que terminan inevitablemente en el clamor por la conformación de programas de protección⁸ basados en la idea de brindar elementos materiales que permitan prevenir un ataque físico y, si es necesario, sacar a la persona defensora del entorno de riesgo, aunque fuera transitoriamente.

Pero sucede que las comunidades expuestas a proyectos de desarrollo y a las violencias y violaciones de derechos humanos aparejadas a ellos se quedan ahí. Su lucha es, precisamente, permanecer en los territorios, no ser expulsadas y alcanzar la justicia ambiental que les es negada, incluyendo la restauración de los ecosistemas, para seguir habitándolos. Viven a campo abierto; por lo tanto, una puerta blindada o una cerradura

de seguridad pueden resultar inútiles, y los escoltas y los vehículos blindados irrumpen en la cotidianidad, a veces de forma más violenta que las amenazas.

Al examinar la cuestión en la región, la CIDH ha tenido conocimiento de casos en que las propuestas regulatorias de los programas de protección excluyen a las comunidades al centrarse en *personas amenazadas* y no en personas defensoras *en situación de riesgo o vulnerabilidad*⁹ o que carecen de “un enfoque multicultural y colectivo”.¹⁰ En suma, las medidas de protección existentes no han sido construidas sobre la realidad de las comunidades o, mejor, sobre el sentido de *lo comunitario*.

Ante tal estado de cosas, y ante la constatación de que comunidades ecuatorianas enfrentan escenarios cada vez más precarios en el goce de sus derechos humanos como consecuencia de actividades extractivas y otras intervenciones en sus territorios, la organización Acción Ecológica, la Clínica Ambiental y la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, junto al apoyo de la Unión Europea, se propusieron implementar un proyecto multiactor denominado “Protección y promoción de los derechos humanos y de la naturaleza de comunidades en riesgo en Ecuador”. A través de él se desarrolló, entre otras cuestiones, un modelo teórico basado en el DIDH que permitiera dimensionar el riesgo de padecer violaciones de derechos humanos en comunidades impactadas por la imposición de proyectos, obras y actividades (OPA).

asesinatos, incendios y desplazamientos que estos han provocado (CIDH, *Medida cautelar n.º 284-18: Familias indígenas tsotsiles de doce comunidades identificadas de Aldama, Chiapas respecto de México*, 23 de abril de 2021, Resolución 35/2021). En otros casos, la violencia contra las comunidades no es tomada como un asunto de urgente resolución; por ejemplo, en el caso de los integrantes de la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya, en Perú —cuyo territorio fue parcelado por autoridades locales en cientos de predios individuales, comprados por parceleros que posteriormente los vendieron a una empresa palmicultora que deforestó miles de hectáreas, y cuyos trabajadores han hostigado de forma violenta a la comunidad—, “se advierte que la empresa continuaría operando pese a decisiones administrativas y judiciales en contra, que los foráneos armados permanecen todavía ahí y que las autoridades competentes, según lo reportado, aún enfrentan dificultades para realizar sus actividades de investigación o fiscalización y ejecutar sus decisiones. Como muestra de lo anterior, en el transcurso del año 2020 se continuarían presentando amenazas en contra de los propuestos beneficiarios” (CIDH, *Medida cautelar n.º 776-20: Integrantes de la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya y otro respecto de Perú*, 28 de octubre de 2020, párr. 33, Resolución 81/2019).

7 González y Tacha, “Resituando al defensor ambiental”, párr. 11.

8 La CIDH describe estos programas estatales como aquellos “que tienen por objetivo garantizar la protección y seguridad de defensoras y defensores de derechos humanos y sus familias cuando se encuentran en una situación de riesgo a sus derechos [...]. Pueden incluir medidas de protección física como escoltas, vehículos blindados, supervisión policial, instalación de luces, cámaras de seguridad, puertas y cerraduras, entre muchas otras. Las medidas pueden incluir asimismo relocalización temporal, costos de transporte cuando la defensora o defensor necesita buscar refugio, el teléfono directo de un oficial de alto rango, teléfonos celulares y botones de pánico, acompañamiento, manuales, entrenamiento sobre medidas de auto-protección, y otras medidas de seguridad o servicios de apoyo”. CIDH, *Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos*, 29 de diciembre de 2017, párr. 29, OEA/Ser.L/V/II, <https://bit.ly/3AxRe4B>.

9 *Ibid.*, párr. 206.

10 *Ibid.*, párr. 197.

La construcción del modelo para entender, mapear y transformar el riesgo de violaciones de derechos humanos en comunidades expuestas a megaproyectos

El punto de partida es la noción de riesgo, que se tomó de la experiencia de la organización Protection International tras muchos años de trabajo con organizaciones latinoamericanas defensoras de derechos humanos, y que fue plasmada en un manual fundamental para que las personas defensoras desarrollen estrategias que refuercen su seguridad. En dicho texto se define el riesgo como esos “acontecimientos posibles, sean lo inciertos que sean, que causan daño”,¹¹ y que surgen generalmente de una “respuesta premeditada y cuidadosamente calculada” contra las personas defensoras, en razón de su quehacer.¹²

Tres elementos se conjugan en la consideración del nivel de riesgo que experimentan: 1. la amenaza, esto es, “la posibilidad de que alguien dañe la integridad física o moral de otra persona, o su propiedad, mediante una acción intencionada y a menudo violenta”;¹³ 2. la vulnerabilidad o el “grado en que la gente es sensible a la pérdida, el daño, el sufrimiento y la muerte al ser objeto de un ataque”;¹⁴ y 3. la capacidad de respuesta o “recursos que tiene un grupo o una persona para conseguir un grado razonable de seguridad”.¹⁵

Los factores en juego se grafican en la siguiente ecuación, que coincide, además, con la utilizada por organismos humanitarios en el contexto de atención de desastres:¹⁶

$$\text{riesgo} = \frac{\text{amenazas} \times \text{vulnerabilidades}}{\text{capacidades}}$$

Se trata de una perspectiva que permite examinar la peligrosidad del contexto en un momento

dado (las amenazas), las condiciones particulares de las comunidades situadas en él (vulnerabilidades, que son el eje de las perspectivas denominadas “enfoques de derechos”) y las herramientas reales con que cuentan para enfrentar la situación (capacidades de reacción y contención). Así, mientras mayores sean las vulnerabilidades de una población y menores sus capacidades para contener esas amenazas, el nivel de riesgo de que sus derechos sean violados gravemente será mayor. Como consecuencia, una estrategia de protección de la comunidad tendrá que identificar sus vulnerabilidades y concentrarse en crear o mejorar las capacidades necesarias para afrontar el peligro.

El siguiente paso fue identificar elementos que permitieran mapear lo más exhaustivamente posible el contexto de agresiones o amenazas en relación a actuaciones empresariales, y que encontraran correspondencia con estándares desarrollados en el DIDH. Así se llegaron a reconocer actos de discriminación ambiental o racismo ambiental verificable en el tipo de lugares y de comunidades escogidos para imponer OPA; el deber de aplicar los principios de precaución y prevención a través de estudios de impacto ambiental (EIA) adecuados; la exposición de las comunidades a diversas formas de violencia, incluyendo la criminalización y sus impactos psicosociales; la vulneración de derechos humanos ambientales sustanciales y procedimentales; la vulneración de formas diversas de propiedad y tenencia comunitaria, y el estado de impunidad de las agresiones. La acumulación de estos factores va delineando el carácter de la amenaza.

La siguiente figura, que se lee de abajo hacia arriba por el efecto de dimensionar el proceso acumulativo de agresiones, aclara el contenido de esos elementos y los derechos con los que se relacionan de forma directa.

11 Protection International, *Nuevo manual de protección para los defensores de derechos humanos* (Bruselas: Protection International, 2009), 29.

12 Ibid., 11.

13 Ibid., 30.

14 Ibid., 31.

15 Ibid.

16 Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, “¿Qué es un desastre?”, IFRC, accedido 21 de noviembre de 2022, <https://bit.ly/3VgjlwQ>.

Figura 1

Proceso acumulativo de agresiones en comunidades expuestas a megaproyectos



Elaboración propia.

De cada uno de esos elementos se hizo una breve caracterización conforme a los estándares pertinentes del DIDH. Por ejemplo, en cuanto a la vulneración de diversas formas de propiedad y de tenencia, se especificó el contenido de ambos derechos, teniendo cuidado de aclarar cláusulas específicas relativas a la propiedad colectiva y de establecer atributos como la seguridad en la tenencia, la disponibilidad de servicios, la habitabilidad y otros relativos a este último. Así también, se especificaron las obligaciones de los Estados ante situaciones como la expropiación o los desalojos forzosos.

Una vez contando con estas definiciones, se formularon preguntas clave para orientar a quien aplique el modelo en el mapeo del nivel de cumpli-

miento de los estándares. Así, tomando el mismo ejemplo, se sugirió establecer si en el caso estudiado se constataba el uso de figuras jurídicas —como la expropiación, la servidumbre o los desalojos forzosos— para restringir esos derechos; si las comunidades se vieron obligadas a desplazarse forzosamente de sus territorios en masa o de a pocos, de forma abrupta o lentamente; si se había llevado a cabo una política de reasentamientos, y si esta era adecuada, entre otras.

A renglón seguido, se construyó una escala que permitiera ubicar el caso estudiado en alguna de estas cuatro categorías: un escenario propicio para las comunidades, uno sustentable, uno de riesgo o uno de desastre.

Figura 2

Escala del riesgo experimentado por comunidades

Escenario propicio	Escenario sustentable	Escenario de riesgo	Escenario de desastre
--------------------	-----------------------	---------------------	-----------------------

Fuente: Murcia (2021).¹⁷

El acento en un escenario propicio es que el Estado demuestre que es capaz de revertir su decisión de intervenir un territorio y afectar a las comunidades que en él habitan, ya sea aplicando el principio de precaución o reconociendo que no cuenta con licencia social —con las implicaciones que esto tiene—. Se trata de la idea de que, al menos en teoría, es posible adoptar un enfoque de la programación del desarrollo basado en los derechos, que

pretende corregir las prácticas discriminatorias y la distribución injusta del poder, que entorpecen el desarrollo humano sostenible. Si se aplica de forma correcta, el enfoque de la programación del desarrollo basado en los derechos humanos establece los mecanismos y condiciones para que los titulares de derechos que se vean afectados por los proyectos de desarrollo puedan reivindicar sus derechos de forma eficaz y en condiciones de seguridad. Además, asegura que los garantes de los derechos, en particular el Estado, cumplan sus obligaciones internacionales y rindan cuentas.¹⁸

Puede decirse que un escenario sustentable se da cuando el Estado aplica de buena fe los estándares del DIDH y, en caso de proceder a la restricción de derechos colectivos y de la naturaleza, adopta salvaguardas oportunas, participativas, restaurativas y justas. En cambio, el escenario empieza a perfilar un riesgo cuando las comunidades padecen violaciones de derechos humanos y el medio ambiente se ve afectado. Aquí el acento se pone en el hecho de que el Estado falla por el retardo en la adopción de medidas de protección, porque exhibe discriminación en sus acciones u omisiones y apela a diversas formas de violencia e impunidad.

La última categoría, el escenario de desastre, involucra un estado de cosas en el que las comunidades pierden la capacidad de exigir sus derechos, por ejemplo, en casos de profundas rupturas del tejido social o ante traumas colectivos que emergen de la violencia ejercida contra ellas. También ocurre con una naturaleza devastada ante posibilidades limitadas de recomponerse; es decir, apela a la noción de *resiliencia*: “la capacidad de un sistema, comunidad o sociedad que están expuestos a riesgos para resistir, absorber, adaptarse y recuperarse de los efectos de un peligro de una manera oportuna y eficiente”¹⁹ o, mejor, a la privación de ella.

En la siguiente tabla²⁰ se observa lo que se espera encontrar, aproximadamente, en cada categoría:

Tabla 1

Descripción de los elementos conforme a la escala de riesgo en comunidades

	Escenario propicio	Escenario sostenible	Escenario de riesgo ²¹	Escenario de desastre	
Decisión administrativa y sus efectos discriminatorios	La iniciativa de una OPA potencialmente riesgosa para una comunidad no fue desarrollada por decisión propia de la Administración.	Se anuncia la iniciativa de una OPA potencialmente riesgosa para una comunidad.	Se impone una OPA en un territorio racializado.	Se impone una OPA en un territorio racializado mediando diversas formas de represión.	Existe una zona o territorio de sacrificio.
Deber de precaución y de prevención	Las autoridades, quienes desistieron de adelantar la OPA, adoptan precauciones.	Las autoridades reconocen los impactos previsibles y realizan un EIA conforme al DIDH.	Los EIA se realizan al margen de la participación de las comunidades, pero identifican los riesgos y la mitigación de los mismos.	Los EIA carecen de independencia y no incluyen variables sociales, culturales o espirituales, o contienen defectos técnicos relevantes para medir el riesgo o proponer formas de mitigación apropiadas.	No se realizan EIA previo a la aprobación de una OPA.

17 Diana Murcia, “Situación de comunidades y defensores en riesgo bajo contextos de criminalización, violencia e imposición de proyectos en Ecuador: Diagnóstico inicial”, *Verdad para la Vida*, septiembre de 2021, 4, <https://bit.ly/3Xu8yBo>.

18 ONU Asamblea General, *Situación de los defensores de derechos humanos*, 5 de agosto de 2013, párrs. 33-4, A/68/262, <https://bit.ly/3BvYwGu>.

19 ONU Asamblea General, *Protección y asistencia a los desplazados internos*, 9 de agosto de 2011, párr. 27, A/66/285, <https://bit.ly/3tLcXSu>.

20 Cada elemento se analiza de forma independiente. En ese sentido, deberían ser varias tablas, pero para efectos de resumir la cuestión se presentan en una sola matriz.

21 Que se dividió en un riesgo medio y alto, con el fin de ampliar el margen de análisis.

	Escenario propicio	Escenario sostenible	Escenario de riesgo	Escenario de desastre	
Derechos humanos ambientales procedimentales	La OPA goza de publicidad suficiente desde su misma concepción y la participación de la comunidad influye notablemente en la decisión final.	Los responsables de la OPA entregan sin mediación judicial la información solicitada y abren espacios de participación para que las comunidades expresen sus observaciones y preocupaciones.	En la imposición de la OPA se observan déficits en el principio de transparencia activa y carencias en los espacios de participación, generalmente intermediados por decisión administrativa o judicial.	Se impone una OPA sin acceso a información oportuna y de calidad y sin canales de participación aceptables conforme al DIDH. Se apela al uso de la fuerza para contener manifestaciones y no se tutelan judicialmente los derechos de forma oportuna.	Se impone una OPA ocultando información, negando espacios formales de participación y reprimiendo formas de participación a través de la fuerza y/o el derecho penal. Es evidente el desequilibrio de la administración de justicia para responder a las demandas comunitarias.
Exposición a diversas formas de violencia	La OPA se desarrolla en un ambiente de seguridad adecuado para las comunidades, las personas defensoras y quienes ejercen liderazgos comunitarios.	La OPA se desarrolla tomando en consideración la seguridad ciudadana con un respeto significativo por el DIDH. Las diferentes expresiones emergentes de violencia son atendidas diligentemente por las autoridades.	La instauración de la OPA se produce en un contexto de enrarecimiento del ambiente social, económico y político generalizado.	La instauración de la OPA se acompaña de expresiones de violencia institucional y de violencia ejercida por particulares en contra de miembros de las comunidades, sin que haya una respuesta institucional diligente ni adecuada.	La OPA ha estado precedida o acompañada de actos extremos de violencia, como asesinatos, desapariciones, amenazas y desplazamientos que experimentan total impunidad.
Formas de propiedad y tenencia	Las OPA no implican la desposesión ni pérdida del control de la propiedad comunitaria u otras formas de tenencia, ni generan condiciones de inseguridad ambiental.	Las restricciones sobre la propiedad, posesión o tenencia son compatibles con la vida comunitaria y su gobernabilidad, y son compensadas conforme al DIDH.	Proliferan figuras de restricción de la propiedad: expropiaciones, concesiones, servidumbres y/o la desmejora en las condiciones ambientales de la vivienda.	Se procede a desalojos forzados de los territorios, o se priva a las comunidades de las condiciones para gozar del uso y disfrute de su propiedad o hábitat.	Las personas son desalojadas violentamente o deben desplazarse forzosamente del territorio habitado en el que se instala la OPA, con lo que pierden su relación biocultural con el territorio.
Derechos humanos ambientales sustanciales	La OPA no genera desechos o vertimientos tóxicos, y si lo hace utiliza tecnologías eficaces de tratamiento y rehabilitación.	Los impactos ambientales y psicosociales de la OPA son atendidos eficazmente por las autoridades y compensados y restaurados de forma diligente.	La desmejora ambiental ocasionada por la OPA impacta en el bienestar psicosocial de la población.	Se constata degradación ambiental significativa y/o la población denuncia impactos severos en su salud física y mental, alimentación y otros derechos sustantivos.	La contaminación ha destruido ecosistemas y ha afectado el agua, la alimentación y/o la salud de las personas, con lo que hace inviable una vida digna y saludable.
Criminalización e impactos psicosociales	En la historia de proyección, construcción y operatividad de las OPA no se constata la instrumentalización del derecho penal en contra de miembros de las comunidades o aliados.	Desde las etapas iniciales de investigación se determina cesar los procedimientos por considerarlos una represalia contra actividades legítimas.	Existen investigaciones penales vigentes en contra de las personas defensoras y líderes comunitarios por detenciones arbitrarias o como represalia a sus resistencias, y se imponen medidas administrativas en contra de las organizaciones.	Las personas han sido procesadas judicialmente, los funcionarios judiciales no investigan el móvil de la represalia, y pueden registrarse violaciones al debido proceso, incluyendo la privación transitoria de la libertad.	Las personas han sido condenadas a penas privativas de la libertad y con ello se ha causado zozobra o desmovilizado a la comunidad u organización.
Impunidad de las agresiones	Las agresiones contra las comunidades y personas defensoras son investigadas, sancionadas, juzgadas y reparadas conforme al DIDH, y los impactos ambientales son mitigados.	En las fiscalías y tribunales se estudian las denuncias presentadas por las comunidades en un plazo razonable y con garantías del debido proceso.	Las autoridades anuncian investigaciones o planes de restauración ambiental que no se desarrollan eficientemente.	Las investigaciones iniciadas por contaminación, accidentes industriales o desastres de origen antrópico no concluyen de forma efectiva o se estancan.	No se investigan el incumplimiento de normas ambientales, la falta de planes de mitigación, los accidentes industriales o los desastres de origen antrópico. No se repara a las comunidades ni se restaura la naturaleza.

Fuente: Murcia (2021).²²

22 Diana Murcia, "Situación de comunidades y defensores en riesgo", 4-6.

La iniciativa también incluyó el desarrollo de un marco específico para organizaciones sociales. En primer lugar, porque también promueven derechos humanos ambientales y de la naturaleza, y porque acompañan procesos comunitarios locales y los ataques que sufren también impactan en ellas, en su capacidad de defensa.

En este caso se eligieron otras categorías existentes en el DIDH, unas generales para todas las organizaciones nacionales: la naturaleza del marco jurídico institucional y administrativo existente, la calidad de las actuaciones de la institución nacional de derechos humanos, la existencia de políticas y mecanismos eficaces de protección, y una comunidad de defensores sólida, dinámica y diversa. Así, también se definieron categorías que varían según la particularidad de las organizaciones y la relación existente con las autoridades: la atención especial a riesgos y desafíos que enfrentan las defensoras, el estado de la lucha contra la impunidad y acceso a la justicia, el respeto y apoyo de los actores no estatales por su labor, y el acceso sin trabas a organismos intergubernamentales de derechos humanos.

Igual que en el caso de las comunidades, cada elemento fue especificado conforme al DIDH. Por ejemplo, en relación a la existencia del marco jurídico institucional y administrativo propicio, se incluyeron estándares relativos a la existencia de un régimen de supervisión adecuado que repela controles arbitrarios, a la regulación de las empresas para el cumplimiento de su deber de debida diligencia y a la capacitación de funcionarios públicos sobre la legitimidad del rol de las personas defensoras y su actuación en consecuencia.

Para guiar a quien aplique el modelo, se formularon preguntas orientadoras que, en el tema aludido, incluyen indagar si el uso del derecho de

las sociedades opera en la práctica como un medio para obstaculizar o neutralizar la labor de las organizaciones en términos de su registro, renovación de registro o capacidad de acceder a financiación; si se constata la falta de transparencia en las políticas de desarrollo o situaciones de corrupción que exponen a quienes los denuncian a ataques; y si los funcionarios públicos respetan la labor de las organizaciones o si, por el contrario, llegan a realizar manifestaciones odiosas o incluso a hostigarlas.

Para medir el nivel de cumplimiento de los estándares, se construyó una escala con las categorías *escenario propicio*, en caso de que las organizaciones gocen de legitimidad social y política y de garantías para desarrollar su trabajo; *escenario aceptable*, si algunos de los elementos mencionados no estén lo suficientemente desarrollados o requieran de mejoramiento; *escenario riesgoso*, si se constatan tensiones manifiestas con las autoridades y otros actores, así como obstáculos serios para el desarrollo de su labor; y, finalmente, un *escenario no propicio*, caso en el cual se han recibido ataques abiertamente arbitrarios, discursos deslegitimadores, privación de personalidad jurídica o amenaza de esta medida, ataques físicos en contra de sus miembros y/o represalias por su quehacer, entre otros.

Figura 3

Escala del riesgo experimentado por organizaciones

Escenario propicio	Escenario aceptable	Escenario riesgoso	Escenario no propicio
--------------------	---------------------	--------------------	-----------------------

Fuente: Murcia (2021).²³

En la siguiente tabla se observa lo que se espera encontrar, aproximadamente, en cada categoría:

Tabla 2

Descripción de los elementos conforme a la escala de riesgo en organizaciones

	Escenario propicio	Escenario aceptable	Escenario riesgoso	Escenario no propicio
Marco jurídico institucional y administrativo	El marco normativo e institucional es propicio para que las personas defensoras de derechos humanos ambientales y de la naturaleza realicen su quehacer.	El marco normativo e institucional evidencia que el enfoque de la programación del desarrollo está basado en los derechos humanos.	El marco normativo e institucional se orienta a la programación de un desarrollo que omite proteger significativamente a las personas defensoras y sus organizaciones. Se observan prácticas que obstaculizan su labor.	Se evidencia el uso del derecho y de políticas y prácticas administrativas como un medio para neutralizar el quehacer de las organizaciones, así como diversas formas de hostigamiento e impunidad.

²³ Ibid., 8.

	Escenario propicio	Escenario aceptable	Escenario riesgoso	Escenario no propicio
Institución nacional de derechos humanos	La organización nacional de derechos humanos satisface plenamente los Principios de París.	Aunque se requiera ajustar algunos elementos, en general la organización nacional de derechos humanos se orienta por los Principios de París y es continuo y constatable su apoyo a las organizaciones.	La organización nacional de derechos humanos omite cumplir con sus obligaciones conforme a los Principios de París y repele la participación de las organizaciones defensoras de derechos humanos ambientales.	La organización nacional de derechos humanos carece de independencia o de eficacia en su quehacer de promoción de derechos de las personas defensoras de derechos humanos.
Políticas y mecanismos de protección	Existen políticas adecuadas de protección de las personas defensoras de derechos humanos ambientales y la naturaleza.	Ante la falta de políticas adecuadas de protección, existen mecanismos de protección propicios para los defensores que toman en cuenta enfoques diferenciales.	No existen políticas ni mecanismos de protección para las personas defensoras de derechos humanos ambientales y de la naturaleza, y se percibe un ambiente de estigmatización.	No solo no existen políticas o mecanismos específicos para la protección de las personas defensoras, sino que activamente autoridades públicas participan de la creación de un entorno inseguro para ellas.
Comunidad de defensores	Las organizaciones de personas defensoras de derechos humanos ambientales y de la naturaleza mantienen un diálogo fluido y coordinado con autoridades nacionales, organismos intergubernamentales y entre sí.	Las organizaciones mantienen diálogos fluidos entre sí, con organismos intergubernamentales y con la organización nacional de derechos humanos, pero no con otras autoridades.	Las organizaciones tienen dificultades significativas para mantener diálogos fluidos entre sí, con organismos intergubernamentales, con la organización nacional y con otras autoridades nacionales o locales.	La comunidad de defensores de derechos humanos ambientales tiene dificultades para coordinar su actuación y mantener un diálogo con organismos intergubernamentales, autoridades nacionales o locales, incluyendo la organización nacional de derechos humanos.
Lucha contra la impunidad	Los ataques son investigados oportunamente, los autores materiales e intelectuales son juzgados y sancionados, y las personas defensoras son reparadas integralmente en sus derechos.	Las investigaciones de los ataques se realizan con la debida diligencia.	Las autoridades no asumen la labor de investigación como una tarea propia, no actúan en plazos razonables y se niegan a vincular los ataques con el quehacer de las personas defensoras.	Existe impunidad de los ataques que sufren las personas defensoras debido a la inacción de la administración de justicia. Esto lleva a que los ataques se repitan y consolida un escenario de riesgo para la defensa de los derechos humanos ambientales y de la naturaleza.
Atención especial a las mujeres defensoras	Las defensoras gozan de un espacio propicio para realizar sus labores, no son víctimas de agresiones basadas en el género y su voz es escuchada por las autoridades, que adoptan medidas de prevención.	Los ataques experimentados por las defensoras son investigados, juzgados y sancionados, lo que evita nuevos ataques en su contra.	Las defensoras experimentan agresiones diferenciadas por su quehacer, y las investigaciones son del todo ineficaces o violan el plazo razonable para su resolución.	Las defensoras son agredidas en virtud del género como una forma de escarmiento por su participación en cuestiones de interés comunitario, local o nacional, y las autoridades evitan tomar medidas efectivas para evitar esta agresión, sancionarla o proteger a las víctimas.
Actores no estatales	Los agentes no estatales reconocen la legitimidad de las organizaciones y se abstienen de obstaculizar su labor.	Se ha reconocido la importancia de poner en marcha el marco de empresas y derechos humanos.	Los actores no estatales exhiben animadversión contra las personas defensoras, desconocen la legitimidad de su trabajo y ejercen la fuerza física o jurídica en su contra.	Las autoridades (incluyendo operadores judiciales) omiten fiscalizar, controlar o sancionar las actividades de actores no estatales susceptibles de afectar a las personas defensoras y sus organizaciones. La impunidad permite que se repitan las agresiones.

	Escenario propicio	Escenario aceptable	Escenario riesgoso	Escenario no propicio
Acceso a organismos intergubernamentales	Las organizaciones acceden a organismos internacionales fluidamente y no son objeto de represalias por ello.	Autoridades o agentes no estatales, conforme a sus obligaciones internacionales, rinden cuentas en relación con las denuncias realizadas en su contra por las organizaciones.	Autoridades y actores no estatales rechazan las denuncias realizadas por las organizaciones ante organismos intergubernamentales, y se niegan a acatar observaciones y recomendaciones.	Autoridades y actores no estatales ejercen represalias contra las personas defensoras y sus organizaciones por las denuncias internacionales realizadas.

Fuente: Murcia (2021).²⁴

gía ágil y sistemática de reconocimiento [de] su estado de cosas.²⁵

Conclusiones

Con este modelo se pretende, en primer lugar, que las comunidades y organizaciones incorporen en sus análisis, de la forma más exhaustiva posible, elementos que deberían ser considerados en el proceso de documentación de las situaciones que afrontan, para dimensionar y prever impactos y adelantar procesos de exigibilidad de sus derechos más efectivos, valiéndose del lenguaje en el que las autoridades nacionales deben rendir cuentas y que es el que determina la capacidad de influencia de los organismos internacionales de derechos humanos que los supervisan; esto es, el lenguaje del DIDH. En suma, se trata de incidir en su *capacidad* de análisis y de reacción para la transformación de sus condiciones, pues, insertas en conflictos y graves violaciones de derechos humanos, algunas comunidades y organizaciones pierden la perspectiva y entran en dinámicas de carácter más reactivo que estratégico, y muchas veces son otros actores externos a ellas los que proveen el análisis.

Cabe mencionar que la medición del riesgo de violaciones de derechos, bajo este modelo, es como una fotografía que refleja las condiciones del momento, y que por lo tanto es efímera, variable. Los elementos en la ecuación interactúan permanentemente y en tanto uno cambie, así también lo hará el resultado. Pero ese resultado no tiene la pretensión de ser exacto. No se trata simplemente de contar y sumar violaciones de derechos humanos, sino de ponderar las condiciones que juegan en favor y en contra:

[L]o que se plasma es una mirada a grandes rasgos que no tiene la pretensión de ser un ejercicio exacto ni una experiencia técnica de medición cuantitativa, pues esto ofrecería muchas dificultades a las propias comunidades y organizaciones para usar el modelo como una metodolo-

Por otra parte, este ejercicio coadyuva en la consolidación de una pedagogía de derechos y obligaciones concomitantes de los Estados, dirigida a funcionarios públicos de todo orden que aún no han constitucionalizado su quehacer materialmente. Así, se intenta agilizar la adopción de la práctica del control de convencionalidad en sus actuaciones, sobre todo tratándose de operadores judiciales. Y, fundamentalmente, se busca que las comunidades y organizaciones que no acostumbran a verse con este filtro, que no identifican claramente sus derechos y las obligaciones correspondientes de las autoridades, o que repelen el lenguaje de los derechos debido a la historia de impunidad jurídica e injusticia social experimentada, mejoren las estrategias para actuar sobre las vulnerabilidades en que están insertas y se creen o fortalezcan las capacidades para la contención y transformación de la violencia que opera sobre ellas.

Referencias

- CIDH. *Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos*. 29 de diciembre de 2017. OEA/Ser.L/V/II. <https://bit.ly/3AxRe4B>.
- . *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*. 7 de marzo de 2006. OEA/Ser.L/V/II.124. <https://bit.ly/3OmZ46s>.
- . *Medida cautelar n.º 284-18: Familias indígenas tsotsiles de doce comunidades identificadas de Aldama, Chiapas respecto de México*. 23 de abril de 2021. Resolución 35/2021. <https://bit.ly/3Atnd5Y>.
- . *Medida cautelar n.º 776-20: Integrantes de la Comunidad Nativa de Santa Clara de Uchunya y otro respecto de Perú*. 28 de octubre de 2020. Resolución 81/2019. <https://bit.ly/3tKZx9m>.
- . *Medidas cautelares n.º 517-22: Miembros de la comunidad Guapoy's del pueblo indígena Guarani Kaiowá respecto de Brasil*. 2 de octubre de 2022. Resolución 50/2022. <https://bit.ly/3OjutXu>.

²⁴ *Ibid.*, 8-10.

²⁵ *Ibid.*, 7.


- . *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*. 31 de diciembre de 2011. OEA/Ser.L/V/II. <https://bit.ly/3tKRhGo>.
- Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. “¿Qué es un desastre?”. *IFRC*. Accedido 21 de noviembre de 2022. <https://bit.ly/3VgjlwQ>.
- González, Ximena, y Viviana Tacha. “Resituando al defensor ambiental: Del referente individual al proceso político”. *Tejiendo Saberes-PDTG*. 7 de marzo de 2018. <https://bit.ly/3tiWj69>.
- Hines, Ali. “Una década de resistencia”. *Global Witness*. 7 de octubre de 2022. <https://bit.ly/3TQXVWW>.
- Murcia, Diana. “Situación de comunidades y defensores en riesgo bajo contextos de criminalización, violencia e imposición de proyectos en Ecuador: Diagnóstico inicial”. *Verdad para la Vida*. Septiembre de 2021. <https://bit.ly/3Xu8yBo>.
- ONU Asamblea General. *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*. 9 de diciembre de 1998. Resolución 53/144. <https://bit.ly/3USnaL>.
- . *Informe del relator especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*. 3 de agosto de 2016. A/71/281. <https://bit.ly/3EGBDB1>.
- . *Situación de los defensores de derechos humanos*. 5 de agosto de 2013. A/68/262. <https://bit.ly/3BvYwGu>.
- Protection International. *Nuevo manual de protección para los defensores de derechos humanos*. Bruselas: Protection International, 2009.

The Dilemmas of Silence: Evidence, Indigenous Traditional Knowledge and Secrecy in Four Cases Involving Indigenous Peoples in Cultural and Territorial Isolation

Los dilemas del silencio: Evidencia, conocimientos tradicionales indígenas y el secreto en cuatro casos de pueblos indígenas en aislamiento cultural y territorial

Recepción: 19/10/2022 • Revisión: 20/10/2022 • Aceptación: 25/10/2022

<https://doi.org/10.32719/29536782.2022.2.3>

 **Nina Valerie Kolowratnik¹**
Universiteit Gent
Gante, Bélgica
nina.kolowratnik@ugent.b

Resumen

En muchas culturas indígenas, el conocimiento tradicional y espiritual se considera secreto. Requiere iniciación y está salvaguardado por diferentes grupos o niveles de autoridad religiosa dentro de una comunidad. La transmisión de tales conocimientos se realiza generalmente en momentos y lugares específicos, y solo a personas seleccionadas. Cuando las comunidades indígenas reclaman sus derechos respecto de los territorios tradicionales en foros legales de orientación occidental, deben presentar evidencias de su conexión con dichas tierras y hablar sobre la importancia que tienen los terrenos sagrados en su tradición; incluso se les exige que lo hagan de acuerdo con el discurso jurídico y el protocolo occidentales. Cuando las evidencias no representan ni respetan la cultura nativa, las partes indígenas del caso a menudo guardan silencio o corren el riesgo de silenciar las prácticas que originalmente pretendían proteger. Este artículo analiza el dilema al que se enfrentan las comunidades indígenas cuando se les pide que aporten pruebas a pesar de las restricciones culturales a la transferencia de conocimientos tradicionales. En primer lugar, se examinan las pruebas y los conocimientos secretos en el caso *Pueblo of Jemez vs. United States of America* (2019), resuelto en los tribunales federales de EE. UU., y se sugiere un conjunto de mapeos probatorios alternativos que respetan las normas de intercambio de conocimientos tradicionales del Pueblo de Jemez, elaborados por la autora y los miembros de la comunidad de Jemez. A continuación, se abordan los actos de rechazo al compartir información detallada sobre los lugares sagrados y sus consecuencias, en los casos *Havasupai Tribe vs. United States of America* (1990) y *Pueblo of Sandia vs. United States of America* (1995), ambos litigados ante tribunales federales estadounidenses. Por último, se analizan las cuestiones relativas a la producción de pruebas en el caso *Pueblos indígenas Tagaeri y Taromenane vs. Ecuador*, el primer caso sobre pueblos en aislamiento voluntario que resuelve la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave

derechos humanos
derechos indígenas
conocimientos tradicionales
evidencia
mapa de evidencia
Pueblo of Jemez
Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Tagaeri y Taromenane

¹ Nina Valerie Kolowratnik is a PhD candidate in Law within the Human Rights Centre at Ghent University, Belgium with a background in architecture. Her doctoral research focuses on evidence and Indigenous peoples' knowledge representation in human rights courts, and is part of the larger ERC-funded project "DISSECT: Evidence in International Human Rights Adjudication" led by Marie-Bénédicte Dembour. Nina holds an MSc in Critical, Curatorial and Conceptual Practices in Architecture from Columbia University, where she was a Fulbright fellow, and a BSc and MSc in Architecture from Graz University of Technology.

Abstract

Within many Indigenous cultures, traditional and spiritual knowledge is considered secret. It requires initiation and is safeguarded by different groups or levels of religious authority within a community. Transmission of such knowledge is usually performed at specific times, places and to selected peoples only. When Indigenous communities are claiming their rights to traditional land in western-oriented legal forums, they are required to provide proof of their connection to the lands and speak about the importance the sacred grounds hold in their tradition—and are required to do so according to Western legal discourse and protocol. When requirements for evidence neither represent nor respect Native culture, Indigenous parties to the claim often go silent, or else risk silencing the practices they originally aimed to protect. This article discusses the dilemma Indigenous communities face when asked to provide evidence despite cultural restrictions on traditional knowledge transfer. It first looks at evidence and secret knowledge in the case *Pueblo of Jemez vs. United States of America* (2019) adjudicated in federal US courts, and suggests a set of alternative evidentiary mappings that respect Jemez Pueblo rules of traditional knowledge sharing, produced by the author and Jemez tribal members. It then turns to acts of refusal to share detailed information on sacred sites and its consequences, litigated over in the US federal court cases *Havasupai Tribe v. United States of America* (1990) and *Pueblo of Sandia vs. United States of America* (1995). Finally, it discusses questions of evidence production in the case *Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane vs Ecuador*, the first case on peoples in voluntary isolation to be adjudicated by the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords

human rights
indigenous rights
secrecy
traditional knowledge
evidence
mapping evidence
Jemez Pueblo
Inter-American Court
of Human Rights
Tagaeri y Taromenane

Introduction

When Indigenous nations claim their rights in Western-oriented legal fora, they are required to speak according to Western legal protocols. Principles for establishing truth within Western-oriented legal fora do not allow for other truth evaluation systems such as Indigenous ways of knowing. Native cosmologies are not given equal weight as Western understandings of territory and nature, oral history is rarely accepted as “reliable” proof, and methods of traditional knowledge organization within communities are often disregarded. When Indigenous nations try to reclaim ancestral territories, they are asked to provide proof of the lands’ importance to their traditional and spiritual culture. Requirements for evidence that aren’t culturally sensitive however often prevent Native communities from bringing forth their arguments. The research presented in this article tries to highlight the difficulties faced by Indigenous communities, and their representatives in cases of peoples in voluntary isolation, and to respond to the urgent need for alternative approaches to

evidence production in cases involving Indigenous communities. As case studies on evidence production in an environment of secrecy, it looks at the aboriginal title case *Pueblo of Jemez vs United States of America* (2019) litigated in U.S. federal courts, *Havasupai Tribe v. United States* (1990) and *Pueblo of Sandia v. United States* (1995)—two U.S. federal court cases originating in information-sharing-conflicts within procedures in U.S. federal government’s frameworks aiming to provide Native cultural heritage protection—and *Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane vs Ecuador*, currently at the Inter-American Court of Human Rights.² While all Indigenous communities party to the different cases are to be seen as clearly distinct, it is interesting to look at them jointly due to their varying degrees of voluntary cultural and territorial isolation from outsiders to the tribes and the different challenges this poses on legal evidence production. Indigenous Pueblo communities in the North American Southwest, among them Jemez Pueblo and Sandia Pueblo, participate in all aspects of U.S. majority society and may choose to live and work outside their pueblo in the state capital, however

2 This article draws on research on evidence production and cultural secrecy within the aboriginal title case *Pueblo of Jemez vs. United States of America*, which I conducted from 2012 to 2019 while the case was ongoing. The research included recurring visits to the Pueblo of Jemez and their legal team and the production of three alternative evidentiary mappings (two of which are presented in this article). The research was published as a book by Sternberg Press in 2019. For a more detailed account of this research please see: Nina Valerie Kolowratnik, *The Language of Secret Proof: Indigenous Truth and Representation* (Berlin: Sternberg Press, 2019). This article furthermore draws on research I am currently conducting in the framework of my doctorate which looks at evidence and Indigenous knowledge at the Inter-American Court of Human Rights and focuses on the *Tagaeri y Taromenane* and *Kichwa de Sarayaku* cases.

they are known to closely guard their traditional knowledge and only allow restricted access to their territories and villages to outsiders. The Tagaeri and Tarmenane peoples live in voluntary isolation on their traditional territory in the Ecuadorian Amazon. Their refusal of contact is twofold: They do not seek contact with the outside world and fiercely defend their lands from outside intruders.

Cultural secrecy within the Jemez Pueblo aboriginal title claim

Figure 1

'Welcome to Jemez Pueblo, Respect Our Tradition: Do not use cell phones, photography, sketching, cameras, audio or video devises. Electronic devises will be confiscated and fined.' Banner at the entrance of Jemez Pueblo, New Mexico, on November 12 Feast Day that is open to the public, 2012



Photo: Nina Valerie Kolowratnik.

On the annual San Diego Feast Day at Jemez Pueblo—one of the two days a year the sovereign Indigenous nation is open to the public—signposts are placed on New Mexico State Road 4 as one approaches the community. The signs read: “Welcome to Jemez Pueblo, Respect Our Tradition: Do not use cell phones, photography, sketching, cameras, audio or video devises. Electronic devises will be confiscated and fined.” Visitors are allowed into Jemez Pueblo only two days a year, and while they are invited to witness the dances performed, recording them on video, it is strictly forbidden to record them on video, audio or in a sketchbook.

In 2012, the sovereign Indigenous nation Jemez Pueblo³ located within New Mexico state boundaries, filed a lawsuit against the United States to establish its right to ownership of the area known today as Valles Caldera National Preserve. The preserve is part of the 2.850 km² of western Hemish ancestral homeland, spanning the Jemez Mountains in northern New Mexico.⁴ The homeland contains ruins of over forty Hemish villages linked by a large network of trails, along with agricultural land, thousands of field houses, numerous traditional sites and Wâavemâ Mountain, where the Hemish principal shrine is located. The Pueblo needs to visit the sites regularly to maintain its spiritual order in balance. The land base of today’s Jemez Pueblo consists of barely 364 km², one eighth of the original land base, and is divided into three parcels that are not connected. The population of Jemez Nation is concentrated in the only remaining village. Within the lawsuit *Pueblo of Jemez vs United States of America* the Pueblo was reclaiming a parcel of nearly 400 km² that the US Congress gave to Spanish settlers in 1860 and which has been under non-Native ownership ever since. In 2000, the land was purchased by the federal government and turned into a national preserve, which opened a window for the Pueblo to file a claim.

In a claim to Aboriginal title in United States federal courts, the burden of proof is on the Native plaintiff. To prove their claim to ancestral land, the community must show evidence of current and continued “use and occupancy”, which has been defined to mean the tribe’s settlement pattern, farming, hunting and ceremonial use of the area. While it must be seen as a positive advancement that Indigenous culture is given space and legitimacy in Western-oriented proceedings, the requirement to prove traditional use does not take into consideration that Indigenous Pueblo communities in the North American Southwest are structured around a system of secrecy concerning all aspects of spiritual beliefs and ceremonial practice.

Within Pueblos of the North American Southwest, traditional knowledge is not openly exchanged but rather disseminated through multiple tightly controlled layers of religious, political and

3 In 1909, the U.S. Board on Geographic Names named the Hemish people’s town “Jemez,” which derives from the Spanish colonial pronunciation, although the Indigenous nation calls its people, traditional land, and culture “Hemish.” Following the advice of See-Shu-Kwa Christopher Toya, tribal historic preservation officer for the Pueblo of Jemez, in this article I use “Hemish” when referring to the people, traditional land, and culture, and “Jemez” when referring to legal and political matters.

4 The eastern Hemish ancestral homeland surrounds historic Pecos Pueblo in northern New Mexico. The western and eastern homelands are not adjacent.

social organization.⁵ Scholars have long described cultural secrecy of Indigenous Pueblo communities in the Southwestern United States⁶ as a defensive tactic reflecting centuries of outsider interference in the free exercise of cultural traditions.⁷ Destruction of ceremonial spaces, public burnings of ceremonial objects, witchcraft trials, and imprisonment for the practice of Native beliefs were typically understood as the reason for the increased closure of Pueblo grounds to non-members and for secrecy to become an important tool to control knowledge transmission. While recurrent violence and repressive acts of Spanish, Mexican and US imperialism that aimed at cultural change and Christianization certainly forced Pueblo ritual to go underground, Pueblo secrecy⁸ however is also, and firstly, directed towards the inside, and plays a key role in structuring the Pueblo's internal religious, social, and political system.⁹ Within Pueblo communities, different religious groups guard different forms of spiritual knowledge and no single individual is in possession of it all. In Pueblo belief systems, knowledge of ritual and the spiritual world represents the source of power that can influence nature's forces. When such knowledge is used irresponsibly by people not initiated to its uses, the knowledge loses its power or can turn destructive towards the community. It constitutes highly sensitive information specific to each pueblo, and it is, therefore, considered a secret. Spiritual knowledge requires initiation that begins during childhood and gradually advances because of lifelong membership in a particular religious group. How much knowledge a single pueblo individual holds depends on the person's status in the religious hierarchy. Degrees of access to knowledge in turn define eligibility to participate in traditional political leadership and one's social status. Restricting the transmission of spiritual knowledge

to initiated members thus has the dual function of keeping information from turning destructive through inappropriate use and of keeping the tribe's internal organization in balance.¹⁰ Pah-Tow-Wei Paul Tosa—Hemish traditional leader, grandson of Hemish spiritual leader Wah-Bah Francisco Tosa, and threetime governor of Pueblo of Jemez—explains that when secret knowledge were disclosed, “[i]t would affect the person who discloses secret information for a lifetime, and it would be disastrous for the Pueblo. The strength of the society group would be very much weakened, as well as the strength of the whole Pueblo structure. And that is the danger of it. And not only the current Pueblo structure, but it would disrupt an order that has been kept since ancestral times. The vow that information received during initiation [...] cannot be brought out openly, but needs to be kept very closely, very tightly, has been continuously renewed since ancestral times.”¹¹

To safeguard secret knowledge and ritual, Pueblo communities openly resisted the image-making practices of outsiders and banned photography at ceremonies as early as 1890, after anthropologists, government agents, and tourists became equally intrusive. Nonetheless, anthropologists such as Elsie Clews Parsons and Matilda Coxe Stevenson are shameful examples of how outsiders continued written and visual documentation until the late 1930s, not out of ignorance of Pueblo restrictions but despite the Pueblo's clear objections. Secret interviewing and recording compromised sensitive knowledge and led to serious internal conflicts within the Pueblos.

Parsons later stated she was aware of the consequences for the Pueblo of depicting certain forms of knowledge as well as the sanctions the informant had to face: “Religious knowledge and ritual, when divulged to the non-initiated, lose their

5 See following paragraphs on cultural secrecy within pueblos of the American Southwest represent a summary of the chapter ‘Pueblo Cultural Secrecy’ in: Kolowratnik, *The Language of Secret Proof*. Please see pages 11-18 for an elaboration on the topic.

6 Today there are a total of nineteen Pueblo nineteen in the Southwest of the United States, among which Taos, Acoma, Zuni, Jemez and Hopi are the best-known. They share common agricultural, material, and religious practices to which scholars refer to as Pueblo culture. Pueblo, which means “village” in Spanish, originated from Colonial Spanish, who used it to refer to the people's particular style of dwelling.

7 See: Edward H. Spicer, *Cycles of Conquest: Impact of Spain, Mexico, and the United States on the Indians of the Southwest, 1533-1960* (Tucson, US: University of Arizona Press, 1962); and Edward P. Dozier, “Rio Grande Pueblos,” in *Perspectives in American Indian Culture Change*, ed. Edward H. Spicer (Chicago: University of Chicago Press, 1961), 94-186.

8 Anthropologist Elisabeth Brandt uses Taos Pueblo as a case study for exploring the sociology of knowledge in southwestern Pueblo culture, expressing confidence that the general model, including cultural secrecy, is applicable to all southwestern Pueblo communities. See Elizabeth A. Brandt, “The Role of Secrecy in a Pueblo Society,” in *Flowers of the Wind: Papers on Ritual, Myth, and Symbolism in California and the Southwest*, ed. Thomas C. Blackburn (Socorro, US: Ballena Press, 1977).

9 See: Elizabeth A. Brandt, “On Secrecy and the Control of Knowledge: Taos Pueblo,” in *Secrecy: A Cross-Cultural Perspective*, ed. Stanton K. Tefft (New York: Human Sciences Press, 1980).

10 Pah-Tow-Wei Paul Tosa, conversation with the author, Jemez Pueblo, NM, March 6, 2017.

11 Ibid.

potency. Just as a prayer or medicine depreciates when imparted, so the life of the Pueblo will be impaired if outsiders know about it. Besides the life of the informer is endangered, magically and practically.”¹² Today, visual documentation is prohibited in most Pueblos, and many are closed to the public except on feast days.

Looking at the neglect of cultural privacy by generations of researchers claiming to work for the benefit of Pueblo communities, it is crucial to understand that framing Pueblo secrecy as a practice directed toward the outsider is mistaken and misleading. In fact, as anthropologist Elizabeth Brandt argues, for certain information, there are outsiders within the Pueblo as well.¹³ Thus claiming good intentions is not a valid argument for circumventing Pueblo cultural privacy rules. Within Pueblo culture, ‘outsider’ in the broadest sense refers to non-Natives and members of other Native groups; and in a narrower sense, the term is used to differentiate among the social roles and statuses of individuals based on their participation in Pueblo information networks. As Brandt notes, an individual might be an insider to one’s own religious group but an outsider to others.¹⁴ External secrecy is a powerful mechanism to maintain boundaries, however the focus of secrecy is always internal. Secrecy represents the basic structuring element of Pueblo spiritual beliefs, society, and cultural politics.

Although southwestern Pueblos are among the most traditional Indigenous communities in the United States—with a very distinct system of cultural secrecy—the issues they face when entering the legal system are similar to Native claims elsewhere in the country. Thus, many of the challenges they are confronted with apply to Indigenous struggles in other parts of the United States and Western courts in general.

The dilemma of evidence production for indigenous communities organized around secrecy

Within aboriginal title claims in the United States, such *Pueblo of Jemez vs. United States of America*, the Native plaintiff must show evidence of “actual, exclusive and continuous use and oc-

cupancy ‘for a long time’ of the claimed area.”¹⁵ Within US case law, aboriginal use and occupancy have been defined to mean the tribe’s ‘habits and modes’, including its settlement patterns within the area, as well as the tribe’s farming, hunting, and ceremonial use of the land in question.¹⁶ Yet paradoxically, while Indigenous peoples’ ways of life are accepted to show the existence of aboriginal title, what the US legal and judicial system accepts as reliable evidence is mostly limited to empirical facts, verified through methods of Western science. Thus, to qualify as full evidence, Indigenous peoples’ relationships to the land may be represented as archaeological, ethnographic, and geospatial data. These data sets then typically include precise coordinates of cultural sites and provide descriptions of their traditional use. Space and territory are thereby to be mapped as understood by Western culture rather than as narrated, perceived, and lived by Native groups. Evidentiary maps in Indigenous territorial cases usually adopt the concept of ownership and private property, a concept linked to Western culture which does not correspond with the holistic understanding of the environment that many Indigenous communities share. A relationship to land that is characterized by responsibility, stewardship and belonging. The preferred visualization format of these maps represents orthographic projection, which traces and compartmentalizes land along linear measures and within the static frame of the Cartesian grid.

Oral histories—the primary method of knowledge production and transmission within most Native communities—are often reduced to hearsay status, and remain unheard, as they can’t be evaluated according to Western scientific standards. Western law strives for definite statements and expert knowledge that can be attributed to individuals. Oral histories do not have a set starting point or end, they cannot be traced back to one single originator—and if they do the original or first storyteller might not be able to appear in court to deliver testimony. Oral histories often vary according to the individual creative expression of the storyteller and are allowed to change over time, they are alive. In fact, it is precisely because intergene-

12 Elsie Clews Parsons, *Isleta Paintings* (Washington DC: Smithsonian Institution, 1962), 2.

13 See Brandt, “The Role of Secrecy in a Pueblo Society,” 13.

14 See Brandt, “On Secrecy and the Control of Knowledge,” 125.

15 United States Court of Appeals Tenth Circuit, *Pueblo of Jemez v. United States of America*, June 26th 2015, 43-4.

16 *Ibid.*, 42.

rational memory can only be performed when a community's traditional culture is continuously practiced, that the oral format itself represents the embodiment and proof of a Native group's continuous history. As legal scholar Robert Hershey, Jennifer McCormack and Gillian Newell assert, that "currently, oral histories as employed in 'Indigenous' cases are seen as reliable only when standing alongside corroborating 'scientific' evidence such as archaeological and/or geological data not uncommonly accompanied by a Western-certified 'expert.'" They explain that "fact finders are not comfortable placing conclusive weight on intergenerational memories. This discomfort is based on Western society's ideas about what constitutes reality and reliability and results in Indigenous communities being held to strictly Western and overly lineal principles."¹⁷

Asked to provide proof in a Western court, Native plaintiffs thus face both the translation of Native relationships to their land into Western understandings of territory and ownership, and a conceptual and structural change in knowledge transmission, when dynamic, oral history is translated into static Western forms of recording.

What is added to the above challenges is that Indigenous communities in Western-oriented legal proceedings must also engage in a complex interrelationship between power and access to knowledge. Looking at the role of secrecy within Jemez Pueblo, the dilemma the community faces when pursuing legal efforts to reclaim ancestral sites is manifest. Evidence of use is required to fully demonstrate traditional significance to the Pueblo—however, the Pueblo must resist such evidentiary proof owing to the importance of cultural secrecy. The process of producing evidence runs counter to the structural organization of traditional knowledge and positions the Pueblo in a double bind. Are they to remain silent because of their cultural demands to guard traditional knowledge, or do they comply with the imposed Western evidentiary criteria—which asks to pinpoint sacred sites and give detailed descriptions of rituals and when they are performed—thereby

risking to silence the traditional practices they are aiming to protect?

In *The Differend*¹⁸, Jean-François Lyotard describes the plaintiff inevitably becomes a victim when they are deprived of the possibility of bringing forth an argument in court, since the rule of judgment applied thus not reflect or acknowledge the plaintiff's culture. The differend is "a case of conflict, between (at least) two parties, that cannot be equitably resolved for lack of a rule of judgment applicable to both arguments."¹⁹ As Lyotard asserts: "One side's legitimacy does not imply the other's lack of legitimacy. However, applying a single rule of judgment to both in order to settle their differend as though it were merely a litigation would wrong (at least) one of them (and both of them if neither side admits this rule)."²⁰

According to Lyotard, the plaintiff becomes a victim when they suffer a wrong and are deprived of the possibility to bring forth an argument in court. He sharply distinguishes between "damages"—which have been caused according to certain rules, are brought to court by the plaintiff, and can be repaired according to the same rules—and a "wrong," which is caused when the rules by which one's damages are judged do not belong to the same rules by which the damages have been experienced. A plaintiff made into a victim might therefore be "deprived (...) of the freedom to make his or her ideas or opinions public, or simply of the right to testify to the damage, or even more simply if the testifying phrase is itself deprived of authority."²¹

In the United States, there is very little discussion in Native communities about the form and content of legal evidence. This conversation however is urgent. Since the disclosure of traditional, often secret practices is currently the only viable way to win a Native land claim, many Indigenous nations decide to yield to court requirements, which results in lasting damages to cultural traditions. This has left several nations debating whether to appeal to the legal system at all.

17 Robert Hershey, Jennifer McCormack, and Gillian Newell, "Mapping Intergenerational Memories (Part 1): Proving the Contemporary Truth of the Indigenous Past," *Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 14-01*, January 2014, 1.

18 Jean-François Lyotard, *The Differend: Phrases in Dispute* (Minneapolis, US: University of Minnesota Press, 2011).

19 *Ibid.*, xi.

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*, 5. See also Kolowratnik, *The Language of Secret Proof*, 19-38, for a more detailed elaboration on the linkages between the concept of the Different by Lyotard and the dilemma of Indigenous secret proof.

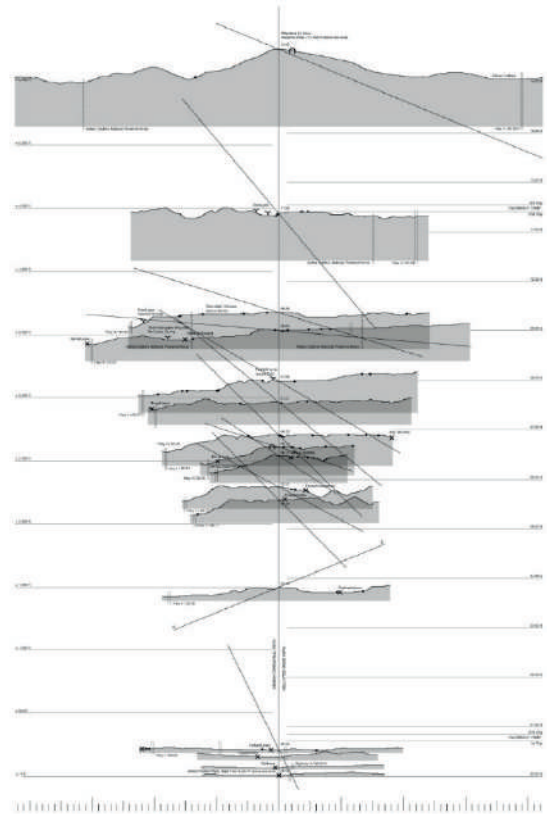
Mapping secrecy

My research at Jemez Pueblo, titled *The Language of Secret Proof*²², builds on responses to evidence production for the Jemez Pueblo land claim, previously discussed, and was conducted while the case was ongoing. Within this project, Pah-Tow-Wei Paul Tosa and Sée-Shu-Kwa Christopher Toya of Jemez Pueblo²³ and I collaborated to devise an alternative set of evidentiary mappings²⁴ that provide proof of the pueblo's connection to the lands and speak about the importance the sacred grounds hold in their tradition, while holding on to their secrets. The spatial notational systems designed for each mapping are an attempt to produce documentation that communicates Native truths in a Western legal environment, while respecting cultural secrecy and complying with its rules. They further aim to unsettle the conditions under which Indigenous land claims are currently discussed by producing documentation that negotiates the dual demands of transparency and disguise.

Working towards the mappings, we asked: How to imagine a mode of evidentiary production which does not require a decision between either the protection of ancestral homeland or the protection of cultural secrets? How can legally admissible documents or speeches be made to include traditions of secrecy and instances of silence? Can my architectural background and my drawing skills help to produce a notational system that manages the demands of exposure and concealment?

To create proof of the ceremonial use of the claimed Valles Caldera area by the Jemez tribe, one the mappings documents the Jemez ceremonial trail *Nuna Soma Colay Pon* (Fig. 2). The trail is the path Hemish religious groups take when they walk from Jemez Pueblo to their primary sacred shrine that is located on Wâavemâ Mountain. The journey to the shrine takes two and a half days and includes several predefined stops at sacred sites and ancestral villages to pray and give offerings. The exact location of the trail and the places of ritual along it, as well as the ritual order, timing, manner of performance, and meaning of the rituals, can only be known by the members who walk the trail.

Figure 2
Hemish Ceremonial Trail



Mapping: Nina Valerie Kolowratnik, with support of Pah-Tow-Wei Paul Tosa and Sée-Shu-Kwa Christopher Toya.

Within the mapping the continuous space of the walking ceremony is broken into discontinuous horizontal slices in order to fragment and thereby occlude the specific locations of the pilgrimage. The trail is represented through a series of sectional drawings that cut through the topography at specific, and often important, moments of the ceremonial pilgrimage. The mapping is not oriented to the north, but the sections show the horizon of the surrounding landscape as seen from the perspective of the walker. These section drawings are indexed temporally rather than spatially. The spatial gaps between the section drawings are filled with the measure of time elapsed between walking from one point, or section, to the next. This tactic indicates spatial continuity without representing it directly. Since information in a section is confi-

22 This research project has been published as a book in 2019. Please see: Kolowratnik, *The Language of Secret Proof*.

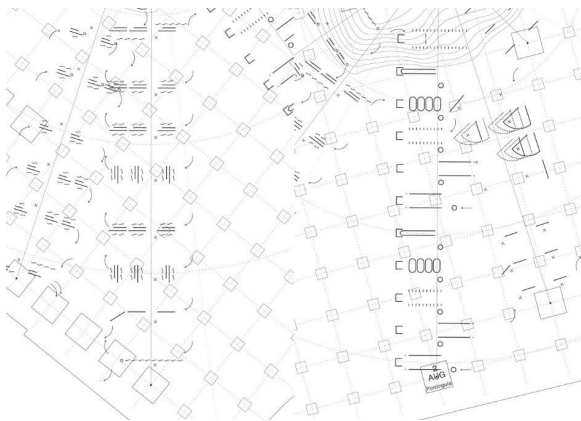
23 My two main collaborators for the set of alternative evidentiary documents were Pah-Tow-Wei Paul Tosa, Hemish traditional leader and three-time governor of the Pueblo of Jemez, and Sée-Shu-Kwa Christopher Toya, archaeologist, and current tribal historic preservation officer for the Pueblo of Jemez. Antony Armijo and Steven Gachupin provided additional information for a mapping on traditional-running, while several members of the pueblo provided general feedback.

24 For the full set of mappings including a third mapping that documents traditional running paths covering the ancestral homeland of Jemez Pueblo, please see: Kolowratnik, *The Language of Secret Proof*, 46-94.

ned to two dimensions (x and y), and the sections cannot be traced back to their original location in the landscape without a geographic reference, it is possible to visualize relatively detailed factual information about locations significant to Hemish tradition and spiritual culture without risking exposure of knowledge or allowing an outside reader to use it as a map to find and walk the trail. The mapping is thus not a guide, nor a GPS route, but nevertheless includes descriptive facts. The information each section contains then speaks to the importance of the Valles Caldera area for the Hemish people: the duration of the walk, the purpose of walking (as opposed to driving, for instance) up Wâavēmâ Mountain, the trail's relationship to ancestral homeland and villages, and the time spent within the national preserve during the walk.

Figure 3

Hemish Spiritual Pathway, detail



Mapping: Nina Valerie Kolowratnik, with support of Pah-Tow-Wei Paul Tosa and Sée-Shu-Kwa Christopher Toya.

The mapping titled “Hemish Ceremonial Pathway” documents the spiritual connection between the Hemish people and the shrine on Wâavēmâ, located within the area claimed. It focuses on the ceremonial dances that structure the traditional Hemish calendar year and are performed at specific days on the plaza of Jemez Pueblo. Each dance sequence has a specific role in soliciting the blessings of the spirits residing on Wâavēmâ Mountain; thus, dance movements and sequences are seen as a communication system and spatial manifestation of the spiritual pathway.

This mapping, then, also represents a cyclical calendar linked to moments of connection between the Pueblo and the spirits. Ancestral spirit relations and the times they must be enacted embody a temporality that cannot be captured by a standardized Western model of linear time. The mapping thus needs to represent a non-linear, non-directed, but repeating calendar and a calendar without specific dates, as all dances—except for two—are closed to the public, and the days they are performed remain undisclosed to outsiders. Dancers, ritual masks, clothing, and the meaning behind the symbolism and dance movements excluded from visual representation as well. The notational system corresponds with what anthropologist Elizabeth Brandt has outlined as the lowest category of traditional knowledge: the knowledge a non-Pueblo spectator gains when witnessing a ceremonial dance.²⁵ Since the non-Pueblo spectator is unable to understand the meaning of the dance and its role in the culture, this knowledge remains incomplete and fragmented, hence harmless to Hemish tradition.

Linking individual traditional knowledge with the meanings of the symbols used in the mappings should allow Hemish people to read the blank spaces and “complete” the mapping, similar to the concept of speech images within oral history—words specifically composed to generate certain images in the readers’ mind, images whose meaning is only accessible to those initiated.²⁶ To an outsider and to a legal audience however, the only “accessible” components of the mappings we created are the encrypted representations, which in this case provide the proof, perhaps paradoxically, of secret knowledge.

The mappings presented here aim at loosening the corset of evidence production and creating new possibilities for representing Indigenous truths in legal frameworks without compromising cultural secrecy. They highlight the pressures put on Indigenous communities when asked to produce evidence according to Western legal standards and give incentive to rethink the demands placed on evidentiary documents, their formats, and the possibilities to present and perform them.

25 See Elizabeth A. Brandt, “The Role of Secrecy in a Pueblo Society,” 14-5.

26 For more information on metaphor, composite words and speech images in Indigenous oral history, see Emory Sekaquaptewa and Dorothy Washburn, “They Go along Singing: Reconstructing the Hopi Past from Ritual Metaphors in Song and Image,” *American Antiquity* 69, n.º 3 (2004): 457-86.

Resisting documentation within U.S. schemes of native cultural heritage protection: The cases of Havasupai Tribe and Sandia Pueblo

Cultural secrecy too has become a frequent concern when Native communities partake in the U.S. federal government's protection scheme of Native cultural heritage. This is also where we see the first examples of Indigenous nations resisting documentation requirements for traditional sites, both successfully and unsuccessfully. In the United States, a body of statutory laws aims to preserve Native culture by defining a set of conditions for its protection. In particular, the National Historic Preservation Act (NHPA) of 1966, the National Environmental Policy Act (NEPA), the Archaeological Resource Protection Act (ARPA), the Native American Grave Protection and Repatriation Act (NAGPRA) of 1990 have proved useful when it comes to the protection of cultural sites, cultural items, and human remains. However, these four contain a significant flaw: as within Indigenous land claims, disclosure of sensitive information by the Native community is required for protection of traditional cultural property, yet subsequent protection is not guaranteed.

While these federal acts mandate "tribal consultation" and promote the protection of sacred sites, they require the Native community to first provide documentation about why the sites in question are sacred before the federal agency can determine whether the site should be protected under the respective statute or whether the proposed actions should be stopped or modified. In addition, a Native community that shares sensitive information to a federal land-management agency must consider that once the information is in the agency's possession, it may be subject to disclosure under the Freedom of Information Act (FOIA)²⁷. Also, if an environmental analysis is prepared pursuant to NEPA, it is made publicly available. Consequently, Natives have been reluctant to share sensitive information with federal agencies for fear that it will be disclosed.

Several Indigenous nations have refused to disclose culturally sensitive information when using NHPA or NEPA to protect sacred sites, taking their case to federal court after agencies bypassed Native concerns.²⁸ *Havasupai Tribe vs. United States* is one case that illustrates the problems associated with cultural secrecy and protecting sacred sites. In 1990, the Havasupai Tribe in northern Arizona contested the US Forest Service's approval of a plan to develop a uranium mine in the Kaibab National Forest. Concerns were raised after the plans of the project were announced. An environmental impact statement (EIS) was issued attesting that the intervention would not harm the natural and cultural environment, and the federal government approved the plan. The Havasupai filed a lawsuit claiming the mine would interfere with various sacred sites, and since they refused to provide additional details about the sacred sites, the case was ultimately decided against the Indigenous nation. The district judge felt they were uncommunicative: "The Havasupai continuously claim that they are the only ones that know their religion, yet the record clearly shows that they were not forthcoming on the subject during the scoping process or the comment period leading up to the publication of the final EIS, nor would they identify specific sites of religious significance."²⁹

In 1995, *Pueblo of Sandia vs. United States* was decided in favor of cultural secrecy customs. The case concerned Forest Service plans for new management strategies and related construction efforts in Las Huertas Canyon and Cibola National Forest in northern New Mexico. As a last resort to voice the Pueblo's concerns that numerous traditional sites in the canyon would be degraded by the construction efforts and increased number of visitors, Sandia Pueblo appealed the findings of the Forest Service's EIS, however to no success. The Forest Service asked Sandia Pueblo for "detailed information describing the location of the sites, activities conducted there and the frequency of the activities, [...] maps of the sites, drawn at scale 1:24,000 or better, as well as documenta-

27 In 1967, FOIA was adopted to require US governmental agencies to disclose information upon request in order to prevent abuse of power. Yet while celebrated as a cornerstone in Western democratic progress—even though soon followed by the Privacy Act of 1974—FOIA has proved to be very problematic for Native communities. For an analysis of the interaction of FOIA and NEPA with land-management laws that incorporate tribal consultation, see Ethan Plaut, "Tribal-Agency Confidentiality: A Catch-22 for Sacred Site Management?," *Ecology Law Quarterly* 36, n.º 1 (2009): 137–66.

28 See Plaut, "Tribal-Agency Confidentiality"; Audrey Mense, "We Could Tell You, but Then I Would Have to Kill You: How Indigenous Cultural Secrecy Impedes the Protection of Natural Cultural Heritage in the United States," *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law* 11, n.º 1 (2011): 1–24; Glen Stohr, "The Repercussions of Orality in Federal Indian Law," *Arizona State Law Journal* 31 (1999): 680–704.

29 United States District Court for the District of Arizona, *Havasupai Tribe v. United States*, April 18th 1990, 1500.

tion of the historic nature of the property.”³⁰ On several occasions, Sandia Pueblo communicated to the Forest Service that the area holds great religious and traditional importance and expressed concerns about cultural secrecy, consequently refusing to comply with the demand to produce documentation at the requested degree of detail. Instead they submitted two affidavits, one by tribal religious leader Phillip Lauriano and one by anthropologist Elizabeth Brandt, outlining the traditional uses of the canyon to a degree they found acceptable. Nevertheless, on the grounds that the documentation originally requested was not provided, the Forest Service determined that the site was not eligible for inclusion in the national register and therefore not eligible for protection. The State Historic Preservation Officer concurred with the Forest Service’s decision.³¹

Sandia Pueblo and various environmental groups filed a suit to stop the plans and force compliance with Section 106 of the NHPA. This section requires the federal agency to establish whether or not the proposed undertakings would affect historic properties and whether they are eligible for inclusion in the national register, which would make it mandatory for the agency to consider the site in the management and construction effort. Reversing the district court decision, the Tenth Circuit Court of Appeals ruled that the Forest Service was to resume the process of determining whether the Native sites in question should be included in the national register, and held that merely requesting information from the Native community is not sufficient to reach the “reasonable and good effort to identify historic properties” that Section 106 requires.³² The ruling stated that the “Forest Service should have known that tribal customs might restrict the ready disclosure of specific information.”³³ In assessing what constitutes a reasonable effort to identify traditional cultural properties, the court observed that the “Guidelines for Evaluating and Documenting Traditional Cultural Properties” state that the level of effort should depend on the likelihood that these properties exist. The court found that the information the Forest Service received, including concerns of cultural

secrecy voiced by Sandia people and Brandt was enough to constitute a likelihood that traditional cultural sites existed, and justified further investigation. It specified that “the information the tribes did communicate to the agency was sufficient to require the Forest Service to engage in further investigation, especially in light of regulations warning that tribes might be hesitant to divulge the type of information sought.”³⁴

Silence as expression of active native power-knowledge systems

The *Pueblo of Sandia vs. United States* ruling held that an Indigenous nation’s refusal to provide detailed documentation on the basis of cultural secrecy does not indicate a site’s lack of significance for the Native community; on the contrary, it justifies more effort on the part of the federal agency to research the site. Sandia Pueblo’s silence was acknowledged to be an expression of its culture. It was a remarkable first step in bringing Native secrecy into federal court, but still a long way from accepting Indigenous truth as a form of representation in Western jurisprudence. In the Pueblo of Sandia case the acknowledgment of secrecy ultimately led to demands for more informed research on Pueblo cultural activities through experts certified by Western institutions. The State Historic Preservation Officer of New Mexico interpreted the requirement to mean hiring a professional ethnographer and outsider to Sandia Pueblo: “An independent professional is most likely to be able to work out any impasse that may have developed between the pueblos and the Forest Service. I also believe that this procedure will give the Pueblos a reasonable opportunity to provide us with enough documentation to conduct a formal determination of eligibility.”³⁵

Clearly secrecy, mandatory use of secrecy, and secrecy as a tool to delimit social and political participation is anathema to Western standards. Secrecy is viewed as a threat to democracy, which promotes governmental transparency and shared power. In regard to the domain of knowledge, Western societies putatively value an open

30 United States Court of Appeals Tenth Circuit, *Pueblo of Sandia v. United States*, March 14th 1995, 860.

31 The officer, who needs to be consulted within a Section 106 process, had not yet received from the Forest Service the affidavits submitted by the tribe. Upon receipt of the affidavits nine months later, when the Tenth Circuit appeals proceeding had already commenced, the officer withdrew his concurrence with the Forest Service decision.

32 United States, *Code of Federal Regulations*, Title 36 § 800, Subpart B – The Section 106 process, November 18th 2022.

33 United States Court of Appeals Tenth Circuit, *Pueblo of Sandia v. United States*, March 14th 1995, 860.

34 *Ibid.*, 860.

35 *Ibid.*, 859.

system of information sharing. But how different are these two approaches when, as Chip Colwell-Chanthaphonh writes, “the veil of democratic knowledge sharing is lifted to show its long acceptance of propriety rights, including, inter alia, copyright, trademarks, patents, trade secrets and state secrets”?³⁶ And while it might be difficult to promote secrecy from a Western democratic perspective—even though trade secrets are but one instance where courts have regularly taken steps to maintain confidentiality—in fact, Jemez Pueblo lawyers referred to trade secrets when ultimately asking the court to keep certain information received strictly confidential—the courtroom is not the place where the traditional structure of Indigenous groups should be judged. Imposing a communication method based on transparency and unrestricted information flow onto communities whose traditional culture is defined by practices of secrecy can only be regarded as a colonial act.

Examples like *Havasupai Tribe v. United States* and *Pueblo of Sandia v. United States* show how U.S. state agency requirements to consult with Indigenous communities on issues related to cultural preservation, and in particular the information usually asked from Indigenous communities during consultation by state agents, can represent a serious difficulty for Indigenous communities and are increasingly met by silence due to cultural secrecy concerns. In *Just Silences: The Limits and Possibilities of Modern Law*, the legal scholar Marianne Constable writes, “Native silences [...] highlight the loquaciousness of a powerful U.S. law that is deaf to all that cannot be in its own—sociological—terms.”³⁷ Referring to the Native American Languages Acts, the Native American Graves Protection and Repatriation Act, and the rule-like character of American law in delineating the conditions of preserving cultures, she states, “At least in the United States, the articulations of modern law [...] cover over and render inaccessible the nonarticulated truths and laws of those for whom law consists neither of social scientific realities nor of propositional truths.”³⁸

Yet within legal actions instigated by an Indigenous community to regain or protect their lands, nondisclosure also needs to be understood as a demonstration that Native power-knowledge

structures are alive, and also attests to the conscious participation of the Indigenous nation in the power-knowledge game taking place in every trial. As Michel Foucault asserted, “Truth is linked in a circular relation with systems of power that produce and sustain it, and to effects of power which it induces, and which extend it—a ‘regime’ of truth.”³⁹ According to Foucault, the event of a trial or the space of a courtroom is best represented as an encounter between power and knowledge. In this situation, knowledge is located on the side of the witness—where, however, there is no power. The other side has the desire to know and (usually) the power to retrieve the knowledge the witness holds. In the scene of a Native land claim in US court, two power-knowledge systems meet. Here, the witness is aware of the power their knowledge holds, both for their community and within the court. Withholding knowledge imbued with power thus speaks to the Indigenous party’s awareness of the power-knowledge game at play and the desire to break open the circular and reciprocal production of truth and power by one hegemonic group.

To create proof for peoples in voluntary isolation: *Tagaeri y Taromenane vs. Ecuador*

In the case *Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane vs. Ecuador*, which is currently being debated before the Inter-American Court of Human Rights, the Indigenous community stays silent as their members have chosen to remain without contact with the majority society and to live in voluntary isolation in the Amazonian rainforest.⁴⁰ In the case of the previously discussed Jemez Pueblo in New Mexico, tribal members participate in all aspects of the majority U.S. society. They might work and live outside the pueblo in the state capital Albuquerque, yet they bar outsiders from entering their territory and learning about their traditional practices. Tagaeri and Taromenane peoples live in voluntary isolation and refuse contact in both directions. They do not seek contact with the outside world and fiercely defend their territory from intruders. It is most likely that Tagaeri and Taromenane peoples don’t know about the

36 See Chip Colwell-Chanthaphonh, “Sketching Knowledge: Quandaries of Mimetic Reproduction of Pueblo Ritual,” *American Ethnologist* 38, n.º 3 (2011): 453.

37 Marianne Constable, *Just Silences: The Limits and Possibilities of Modern Law* (Princeton, US: Princeton University Press, 2005), 75.

38 *Ibid.*, 74.

39 Michel Foucault, *Power* (New York: New Press, 2000), 132.

40 See Roberto Narváez, “Territorialidad de los grupos familiares de pueblos indígenas en aislamiento (PIA) en la región del Yasuní, Amazonía ecuatoriana,” *Tipití. Journal of the Society for the Anthropology of Lowland South America* 16, n.º 1 (2018): 103-19.

legal case brought to the courts on their behalf⁴¹. This of course raises another set of questions in relation to evidence production and secrecy. As it will be the first time the Inter-American Court of Human Rights adjudicates a case on Indigenous peoples in voluntary isolation, this case will set a precedent for all future cases involving uncontacted peoples. Evidence production is arguably one of the most difficult aspects in cases where the victims themselves cannot participate in the proceedings. Evidentiary strategies and formats legal representatives decide to put forward in the *Tagaeri and Taromenane* case are therefore of heightened importance.

Similar to the *Pueblo of Jemez* case, questions to consider are: How to keep the community's culture secret in a public, and high-profile, legal proceeding? How to respect their wishes for isolation and no communication while proving their special bonds to the territory? Which methods and degrees of documentation are appropriate and not in violation of their right to be uncontacted? Due to the impossibility for the Tagaeri and Taromenane to actively participate in the case, here it is also necessary to ask who represents them in court, who speaks on their behalf, and is it necessary that someone does so?

The case *Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane Vs. Ecuador* was brought to the Inter-American system by a group of three individual petitioners that were then joined by the Confederation of Indigenous Nationalities in Ecuador (CONAIE), the environmental activist organization YASUNIDOS and the young Taromenane woman Tewe Dayuma Michela Conta. The case concerns the international responsibility of the State for a series of violations of the rights of the Tagaeri and Taromenane Indigenous peoples and their members, in the context of actions affecting their territories, natural resources, and way of life. The case also refers to three groups of violent deaths of members of these peoples that occurred in 2003, 2006, and 2013; as well as the lack of adequate protection measures in relation to two Taromenane girls following the 2013 events, which left two underaged Taromenane

girls in the care of the Waorani community. The petitioners claim that the state of Ecuador failed to adopt effective mechanisms to protect the existence of the Tagaeri and Taromenane Indigenous peoples in voluntary isolation and their ancestral territory, which can be seen in the acts of violence and killings that these peoples have suffered. They further hold, that there is a clear connection between the legal and illegal exploitation of the natural resources on their traditional territories and those incidents. While the state has designated a "restricted area" (*zona intangible*) of 700,000 hectares to the Tagaeri and Taromenane that prohibits extractivist activity, petitioners argue that the Tagaeri and Taromenane traditional territory—within which they move according to season and generational cycle—by far exceeds these boundaries.⁴² The declared goal of the petitioners' legal team is that Tagaeri and Taromenane peoples can decide on their own if they want to be contacted, and are not forced into contact by the approaching oil and logging industries.⁴³

Part of the proceedings is also a second Indigenous group, the Waorani, whose ancestral territories are neighboring the one the of the Tagaeri and Taromenane peoples and who maintain family relations with the Tagaeri⁴⁴. Having been involved in the massacres subject to the case, the Waorani play an interesting role in the case. The state interprets the massacres as an inter-tribal conflict, an argumentation which allows the state to deny the link between illegal extractivist activities in this area (and its failure to prevent it) and the massacres series that have cost lives of Tagaeri and Taromenane, Waorani, as well as extractivist workers. Backed by extensive anthropological studies, the petitioners maintain a very clear position: The Waorani territorial land base has been drastically reduced by natural resource extraction industries. This forced the Waorani to move closer toward the areas that Tagaeri and Taromenane use—and some Waorani members to join these industries for generating income—which both spurred recent violent conflict. Overall, however, Waorani maintain a relationship of respect to their Tagaeri and Taro-

41 Notes by the author from a conversation with David Cordero-Heredia, lawyer in the Tagaeri Taromenane petitioner's team, Quito, June 2022.

42 See IACHR, *Report No. 96/14. Petition 422-06. Report on Admissibility. Tagaeri and Taromenane Indigenous Peoples in Isolation v. Ecuador*, November 6th 2014, <https://bit.ly/3tXamoW>.

43 See David Cordero and Nicholas Koeppen, "Oil Extraction, Indigenous Peoples Living in Voluntary Isolation, and Genocide: The Case of the Tagaeri and Taromenane Peoples," *Harvard Human Rights Journal* 34, n.º 1 (2021).

44 Tagaeri peoples were once part of Waorani community, who upon first contact with missionaries in the late 1960s decided to continue living without contact and eventually joined the Taromenane tribe. See scholarship of Roberto Narváez.

menane “brothers”⁴⁵ and comply with their wishes for isolation.⁴⁶ The petitioners, therefore, include Waorani needs for territorial protection in their demands for the extensions of the protected zone and its buffer area.

Evidence provided by the petitioners includes testimonies by the neighboring Waorani peoples among other as they face similar pressures from extractivist industries. While these pressures caused recent conflicts to escalate, they also unequivocally make the Waorani peoples part of the fragile ecosystem that sustains the Amazonian rainforest—as well as Ecuador’s last peoples in voluntary isolation. While the Tagaeri Taromenane live isolated, they do not live in a vacuum. The petrol and logging industry has similar effects on their close neighbors, the Waorani Indigenous nation.

As the Tagaeri and Taromenane cannot themselves testify in court, Waorani members represent a welcome alternative: They can speak firsthand to the impact natural resource extraction has on their way of life and their land, including rivers that flow in and out of the area inhabited by the Tagaeri and Taromenane. They can speak to Waorani ways of belonging to the territory, which due to family ties show similarities to the way the Tagaeri and Taromenane relate to their lands.⁴⁷ Further, they can testify about recent communication between Tagaeri Taromenane and Waorani women. What both the petitioners’ legal team and the Waorani witnesses themselves are very clear about is, that they do not speak on behalf of the Tagaeri and Taromenane peoples but speak their truth to help protect their “brothers” in voluntary isolation, as well as to save their own ancestral lands under immediate threat.

The Waorani testimonies, as well as the Waorani delegation, which traveled to the public hearing in Brasilia for additional support, certainly also helped in providing a ‘face’ to the peoples in voluntary isolation. However, will the possibility to work with neighboring communities for the production of evidence also arise in the next cases on peoples in voluntary isolation? Will there be a neighboring community ready to testify about the impact of natural resource extraction industries and the close ties to their lands? Or will the very fact that the

community decided to live in isolation on their traditional territory be seen as proof of their dependence on an intact environment for their survival? Will advances of the petrol and logging industry towards areas used by tribes in voluntary isolation suffice to prove an imminent threat towards these communities? Will their chosen silence be enough to change evidentiary standards?

Final reflections

In most Western-oriented legal fora adjustments to established protocols and rules of procedure in response to cultural differences are still an exception rather than common practice. Since the 1930s the discipline of anthropology and its principal instrument of ethnography underwent a process of critical self-inspection and change towards a more sensitive and respectful work with the people it studies. Today’s generation of anthropologists is bound to elaborate ethical frameworks that guide their work and to which they can be held accountable⁴⁸. Within law, however, the lack of response to cultural differences when it comes to evidence production involving communities pertaining to a culture other than the one of the dominant legal system is yet to be problematized. It is striking to see that the damages requirements for evidence can inflict on Indigenous communities are in fact not much different from those produced by anthropologists’ early studies of these same communities. Oral histories, representing the traditional way to communicate the relation to territory and traditional way of life for many Indigenous communities, have still not entered western-oriented courts as full evidence. Indigenous silences are yet to be accepted as expressions of cultural knowledge and practices that can’t be shared with outsiders. Rather than seeing secrecy as an impediment to understanding Native societies, Western legal systems need to accept and value it as an integral part of the organization of power-knowledge on which the culture is based. Instead of forcing Native peoples to adapt their culture to Western legal customs, cultural secrecy and non-disclosure should be addressed as valid legal communication.

45 As formulated by Waorani leader Alicia Cahuiya, conversation with the author, August 2022.

46 See Roberto Narváez, “Unreal Borders, Grandparents and Common Territories: The Yasuní Region Territory of Inter-Dependence and Interrelation of Waorani and Family Groups in Isolation,” *Revista de Antropología* 64 (2021).

47 Notes by the author from a conversation with Roberto Narváez, anthropologist and witness in the *Tagaeri Taromenane* case, Quito, June 2022.

48 See Linda Tuhiwai Smith, *Decolonizing Methodologies: Research and Indigenous Peoples* (London: ZED Books, 2012); Catriona Mackenzie, Christopher McDowell, and Eileen Pittaway, “Beyond ‘Do No Harm’: The Challenge of Constructing Ethical Relationships in Refugee Research,” *Journal of Refugee Studies* 20/2 (2007): 299-319.

References

- Brandt, Elizabeth A. "On Secrecy and the Control of Knowledge: Taos Pueblo". In *Secrecy: A Cross-Cultural Perspective*, edited by Stanton K. Tefft, 123-46. New York: Human Sciences Press, 1980.
- . "The Role of Secrecy in a Pueblo Society". In *Flowers of the Wind: Papers on Ritual, Myth, and Symbolism in California and the Southwest*, edited by Thomas C. Blackburn, 11-28. Socorro, US: Ballena Press, 1977.
- Clews Parsons, Elsie. *Isleta Paintings*. Washington DC: Smithsonian Institution, 1962.
- Colwell-Chanthaphonh, Chip. "Sketching Knowledge: Quandaries of Mimetic Reproduction of Pueblo Ritual". *American Ethnologist* 38, n.º 3 (2011): 451-67.
- Constable, Marianne. *Just Silences: The Limits and Possibilities of Modern Law*. Princeton, US: Princeton University Press, 2005.
- Cordero, David, and Nicholas Koeppen. "Oil Extraction, Indigenous Peoples Living in Voluntary Isolation, and Genocide: The Case of the Tagaeri and Taromenane Peoples". *Harvard Human Rights Journal* 34, n.º 1 (2021): 117-54.
- Dozier, Edward P. "Rio Grande Pueblos". In *Perspectives in American Indian Culture Change*, edited by Edward H. Spicer, 94-186. Chicago: University of Chicago Press, 1961.
- Foucault, Michel. *Power*. New York: New Press, 2000.
- Hershey, Robert A., Jennifer McCormack, and Gillian E. Newell. "Mapping Intergenerational Memories (Part 1): Proving the Contemporary Truth of the Indigenous Past". *Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 14-01*. January 2014.
- IACHR. *Report No. 96/14. Petition 422-06. Report on Admissibility. Tagaeri and Taromenani Indigenous Peoples in Isolation v. Ecuador*. November 6th 2014. <https://bit.ly/3tXamoW>.
- Kolowratnik, Nina Valerie. *The Language of Secret Proof: Indigenous Truth and Representation*. Berlin: Sternberg Press, 2019.
- Liotard, Jean-François. *The Differend: Phrases in Dispute*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2011.
- Mackenzie, Catriona, Christopher McDowell, and Eileen Pittaway. "Beyond 'Do No Harm': The Challenge of Constructing Ethical Relationships in Refugee Research". *Journal of Refugee Studies* 20/2 (2007): 299-319.
- Mense, Audrey. "We Could Tell You, but Then I Would Have to Kill You: How Indigenous Cultural Secrecy Impedes the Protection of Natural Cultural Heritage in the United States". *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law* 11, n.º 1 (2011): 1-24.
- Narváez, Roberto. "Territorialidad de los grupos familiares de pueblos indígenas en aislamiento (PIA) en la región del Yasuní, Amazonía ecuatoriana". *Tipiti. Journal of the Society for the Anthropology of Lowland South America* 16, n.º 1 (2018): 103-19.
- . "Unreal Borders, Grandparents and Common Territories: The Yasuní Region Territory of Inter-Dependence and Interrelation of Waorani and Family Groups in Isolation". *Revista de Antropología* 64 (2021).
- Plaut, Ethan. "Tribal-Agency Confidentiality: A Catch-22 for Sacred Site Management?". *Ecology Law Quarterly* 36, n.º 1 (2009): 137-66.
- Sekaquaptewa, Emory, and Dorothy Washburn. "They Go along Singing: Reconstructing the Hopi Past from Ritual Metaphors in Song and Image". *American Antiquity* 69, n.º 3 (2004): 457-86.
- Spicer, Edward H. *Cycles of Conquest: Impact of Spain, Mexico, and the United States on the Indians of the Southwest, 1533-1960*. Tucson, US: University of Arizona Press, 1962.
- Stohr, Glen. "The Repercussions of Orality in Federal Indian Law". *Arizona State Law Journal* 31 (1999): 680-704.
- Tuhiwai Smith, Linda. *Decolonizing Methodologies: Research and Indigenous Peoples*. London: ZED Books, 2012.
- United States. *Code of Federal Regulations*. Last amended: November 18th, 2022. <https://bit.ly/3UhnQXn>.
- United States Court of Appeals Tenth Circuit. *Pueblo of Jemez v. United States of America*. June 26th 2015.
- . *Pueblo of Sandia v. United States*. March 14th 1995.
- United States District Court for the District of Arizona. *Havasupai Tribe v. United States*. April 18th 1990.

El pluralismo jurídico como aporte a la construcción de respeto y observancia a los derechos de la naturaleza en Ecuador

Legal Pluralism as a Contribution to the Construction of Respect and Observance of the Rights of Nature in Ecuador

Recepción: 25/10/2022 • Revisión: 02/11/2022 • Aceptación: 12/12/2022

<https://doi.org/10.32719/29536782.2022.2.4>

 **Oscar Mauricio Sánchez Nivicela**
Naturaleza y Cultura Internacional (NCI)
Macas, Ecuador
oscarbothrops@gmail.com

Resumen

La naturaleza, como generadora de los elementos esenciales para sostener la vida en el planeta, parece no estar representada en términos de conceptualización dentro de la normativa formal. Ecuador, a través del reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza, desarrolla preceptos constitucionales que no se complementan con la normativa jerárquicamente inferior. La Amazonía ecuatoriana, parte del ecosistema más importante del planeta, se convierte en un territorio vital para la aplicación de los derechos humanos, lo que tiene una importancia fundamental en los elementos esenciales para sostener la vida a nivel global, como por ejemplo el agua. Esto cobra mayor relevancia debido a que dentro de la Constitución de Ecuador el agua es reconocida como un derecho humano. En los territorios que forman parte de la cordillera de los Andes y de la cuenca amazónica dentro de la jurisdicción ecuatoriana, viven pueblos y nacionalidades originarios cuyas formas de vida, vinculadas a diferentes ecosistemas, les han permitido desarrollar sus propios sistemas jurídicos. Estos están siendo vulnerados por actividades extractivas permitidas por la normativa secundaria, jerárquicamente inferior a la Constitución y a los tratados y convenios internacionales. En ese contexto, este trabajo aporta, desde una conceptualización proveniente del pluralismo jurídico, a identificar la necesidad de construir un camino para enfrentar la vulnerabilidad del ser humano como parte de un mundo en peligro de extinción.

Abstract

Nature, the generator of the essential elements to sustain life on the planet, seems limited in terms of conceptualization within formal regulations. Through constitutional recognition of the rights of nature, Ecuador develops constitutional precepts that are not complemented by hierarchically inferior laws. The Ecuadorian Amazon, being part of the most important ecosystem on the planet, becomes a vital territory for the application of human rights, which has a fundamental importance in the essential elements to sustain life at a global level, such as water. This situation becomes more relevant because the constitution recognizes water as a human right. In the territories, that form part of the Andes mountain range and the Amazon basin within the Ecuadorian jurisdiction live native peoples and nationalities whose ways of life linked to different ecosystems have allowed them to develop their legal systems. These have been violated by extractive activities permitted by secondary regulations hierarchically inferior to the constitution and international treaties and conventions. In this context, this work contributes, based on the conceptualization analysis, to identify the need to build a path to face the vulnerability of the human being as part of a world in danger of extinction.

Palabras clave

Amazonía
derechos
extractivismo
justicia
megadiversidad
nacionalidades
pluralismo
territorio

Keywords

Amazon
rights
extractivism
justice
mega diversity
nationalities
pluralism
territory

Introducción

La idea de que el Estado tiene el monopolio de la aplicación y ejecución de la justicia es cuestionada cuando la protección de los derechos de la naturaleza tiene que desarrollarse dentro de escenarios plurinacionales. Para Boaventura de Sousa Santos, las lógicas de acción de la justicia indígena son apreciadas porque se adecuan a los designios constitucionales, “especialmente en el principio de respeto a los derechos de la naturaleza en cuanto madre tierra, origen y garantía de la vida humana y no humana”¹.

Ecuador está considerado dentro de la lista de los diecisiete países más ricos en diversidad biológica del planeta, lo que lo califica como megadiverso.² La ubicación geográfica donde se desarrolla la vida está conformada por ocho pisos zoogeográficos, 29 regiones bioclimáticas, 25 zonas de vida, 46 formaciones vegetales diferentes, dos zonas marinas y dos biorregiones frente a las costas continentales, y tres zonas marinas y cinco biorregiones alrededor de las islas Galápagos.³

La idea de un país megadiverso recae intrínsecamente en el pluralismo que lo conforma, entendiendo al pluralismo como “la existencia de personas que son portadoras de cosmovisiones distintas acerca de lo que es la justicia, el vivir comunitario y la democracia”.⁴ Lo multicultural permite entender al individuo y su libertad, identificación que se hace necesaria para abordar la complejidad del pluralismo jurídico; esta postura multicultural permite ejercer la libertad de pertenecer a un sistema jurídico que se desarrolla en un espacio geográfico junto a otros sistemas jurídicos, pero que a su vez puede actuar de otra forma para una misma cuestión.⁵

Este trabajo hace un recorrido por la pluralidad y el pluralismo jurídico para demostrar la relación

que existe entre derechos de la naturaleza y los derechos de los pueblos indígenas en un país plurinacional que tiene paradójicamente una apuesta por el extractivismo.

Un territorio que se defiende pluriculturalmente

El reconocimiento de la existencia de un territorio o de un Estado plurinacional va más allá de identificar la existencia de grupos indígenas dentro de él.⁶ Es vital la estrecha dependencia cultural, alimenticia, científica, económica, medicinal y espiritual de las naciones originarias con el territorio, lo que sobrepasa cualquier conceptualización comercial o de mercado y significa un quiebre con la visión vertical de la república, incluso en términos de justicia.

La relación derechos humanos-naturaleza significa la construcción diaria y permanente de un camino que nace desde la pluralidad del conocimiento. Una parte de ese conocimiento dentro del territorio ecuatoriano se encuentra en la región que conforma el bioma amazónico, donde habitan los pueblos y nacionalidades cofán, secoya, siona, huaorani, shiwiari, zápara, achuar, shuar, kichwa, tagaeri y taromenane, con sus formas ancestrales de concebir la vida, el territorio y la apropiación de la naturaleza.

Su resistencia a la amenaza constante del extractivismo en la región amazónica hace notoria la posición de los pueblos originarios frente a la visión de mercado del Estado, que incluye también a los Gobiernos progresistas, los cuales han impulsado nuevas áreas de explotación en territorios ancestrales. Esto ha provocado conflictos intra- e interétnicos ligados a lo territorial.⁷ La discriminación a la concepción de pertenencia cultural con el territorio tiene como base la discriminación a la naturaleza, pues desde los Gobiernos se la ha subordinado a la visión de desarrollo de turno, pero

1 Boaventura de Sousa Santos, “Cuando los excluidos tienen derecho: Justicia indígena, plurinacionalidad, interculturalidad”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, ed. Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva (Quito: Abya-Yala / Fundación Rosa Luxemburg, 2012).

2 Diego Tirira, *Mamíferos del Ecuador: Guía de campo* (Quito: Murciélago Blanco, 2007).

3 *Ibid.*, 21.

4 Claudia Storini, “El aporte del Buen vivir al constitucionalismo y al derecho”, en *Buen vivir como alternativa al desarrollo: Una construcción interdisciplinaria y participativa*, coord. Carlos Larrea Maldonado y Natalia Greene (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017), 52.

5 *Ibid.*

6 Esperanza Martínez y Alberto Acosta, “Los derechos de la naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible”, *Revista Direito e Práxis* 8, n.º 4 (2017), <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/31220>.

7 Carmen Seco, “La identidad amazónica vinculada al Sumak Kawsay: Actos de re-existencia y resiliencia”, en *Buen vivir como alternativa al desarrollo: Una construcción interdisciplinaria y participativa*, coord. Carlos Larrea Maldonado y Natalia Greene (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017), 79.

sobre todo al mercado.⁸ Según Javier Martínez la dificultad de la protección real del territorio se ahonda por la presencia de interlocutores dentro de las mismas comunidades, luego del ingreso estratégico de las “grandes agencias de desarrollo”, a partir de un pragmatismo que permitió sustituir a las “organizaciones clásicas de izquierda”.⁹

Con más de ocho millones de kilómetros cuadrados, la Amazonía es el bosque tropical más grande del planeta, y cumple con un rol muy importante al almacenar carbono y evitar su expulsión a la atmósfera. El grado de conservación que tiene en la actualidad se debe a la acción de los pueblos indígenas que la habitan. Sus territorios ocupan junto a las áreas protegidas el 49 % de la Amazonía a nivel regional, y desempeñan un papel fundamental en la protección socioambiental, con lo que ayudan a toda la humanidad.¹⁰

La presión que se ejerce en los bosques de la Amazonía ecuatoriana ha causado entre 2001 y 2020 la deforestación de más de 600 000 hectáreas —un ritmo de 31 000 hectáreas por año—, debido a la expansión de la frontera agrícola, la extracción de recursos madereros, el desarrollo de infraestructura y la explotación minera y de hidrocarburos.¹¹

La extracción de petróleo en Ecuador se ubica en la cuenca del Amazonas, y sus efectos han sido graves: pérdida de bosques primarios y biodiversidad, riesgos a la salud humana y contaminación.¹² Se estima que entre 1970 y 2013 la Amazonía ecuatoriana fue deforestada en un 15 % como consecuencia de la migración interna, la extracción de petróleo, la construcción de carreteras, la tala ilegal y nuevos asentamientos.¹³

Los principios constitucionales que se tratan de interpretar

La Constitución de Ecuador, a partir de 2008, contiene al *Sumak Kawsay* —interiorizado en la norma suprema como “buen vivir”—, ligado además al concepto de un Estado pluricultural y multiétnico. Para Carmen Seco, el planteamiento del *Sumak Kawsay* genera contradicciones que dependen de la visión de quien se encuentre construyendo un discurso alrededor de sus preceptos, lo que lo convierte en un espacio en disputa y susceptible de colonización.¹⁴

La profunda relación entre la naturaleza y los pueblos originarios de la Amazonía va mucho más allá de lo utilitario; el conocimiento que ha generado el respeto a todos los seres vivientes de la selva se transforma en comportamientos vitales.¹⁵ La concepción del espacio generador de pasado, presente y futuro construye propuestas nuevas que los pueblos originarios presentan al resto del Estado plurinacional. En el caso de Sarayacu, se habla de *Kawsak Sacha* —selva viviente—, una propuesta que ayuda a construir el camino hacia la materialización de los derechos de la naturaleza, de la que el ser humano es una parte conformante.¹⁶

Ante el reconocimiento constitucional del Estado plurinacional, el formalismo jurídico monista, entendido como un sistema estatal único de administración de justicia, no ha dado cabida dentro de la normativa ambiental secundaria al contenido del art. 171 de la Constitución, al convenio 169 de la OIT ni a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como preceptos rectores en la aplicación de justicia. Los conflictos entre la justicia estatal y la justicia indígena nacen de la lucha por el reconocimiento de una forma de vida que tiene legitimidad.¹⁷

8 Martínez y Acosta, “Los derechos de la naturaleza”.

9 Javier Martínez, “El paraíso en venta: Desarrollo, etnicidad y ambientalismo en la frontera sur del Yasuní (Amazonía ecuatoriana)” (tesis doctoral, Universitat de Lleida, España, 2014), 73, <https://bit.ly/3FLCdis>.

10 EcoCiencia, “Resultados del mapa de deforestación en la Amazonía ecuatoriana”, video de YouTube, 2022, <https://bit.ly/3AEOVN9>.

11 *Ibid.*

12 Carlos Larrea, Ana Bravo y Malki Sáenz, “El neoextractivismo en Ecuador: Crisis y alternativas”, en *Buen vivir como alternativa al desarrollo: Una construcción interdisciplinaria y participativa*, coord. Carlos Larrea Maldonado y Natalia Greene (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017), 137.

13 *Ibid.*, 147.

14 Seco, “La identidad amazónica vinculada al Sumak Kawsay”, 75.

15 José Gualinga, “Reconocimiento de Kawsak Sacha —selva viviente— como nueva categoría de protección a los territorios indígenas en la Amazonía centro-sur”, en *Buen vivir como alternativa al desarrollo: Una construcción interdisciplinaria y participativa*, coord. Carlos Larrea Maldonado y Natalia Greene (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017).

16 *Ibid.*, 110.

17 Marcelo Bonilla, “Pluralismo jurídico en el Ecuador: Hegemonía estatal y lucha por el reconocimiento de la justicia indígena”, en *Hacia sistemas jurídicos plurales: Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, coord. Rudolf Huber, Juan Carlos Martínez, Cécile Lachenal y Rosember Ariza (Ciudad de México: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008), 54.

El derecho indígena en Ecuador ha tenido un reconocimiento progresivo. A partir de la ratificación del convenio 169 de la OIT —y su consagración en el art. 191 de la Constitución de 1998 y en el art. 171 de la Constitución de 2008—, en la norma suprema se afirma que los dos únicos límites para la aplicación del derecho indígena son el respeto a la Constitución y los derechos humanos.¹⁸

En relación a lo expuesto, el reconocimiento de un Estado plurinacional y pluricultural se puede evidenciar en el contenido del art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, que establece a los servidores judiciales actuar y tomar decisiones bajo los principios de diversidad, igualdad y *non bis in idem*.¹⁹ El artículo también establece que “lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna”.²⁰ Las decisiones tomadas por la justicia indígena no están fuera del control constitucional: el art 66 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece cómo se resuelven las acciones extraordinarias de protección contra la jurisdiccionalidad indígena.²¹

Al ser los derechos humanos de carácter universal, revisten en sí la garantía de ser aplicados en cualquier territorio. Para la Amazonía ecuatoriana, esto tiene una significancia vital, debido a que, al ser parte del bioma amazónico, todas las cosmovisiones que devienen de los diferentes pueblos originarios —lo que incluye sus formas de resolución de conflictos— cuentan con un amparo reconocido incluso por otros Estados nacionales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos asegura que el territorio posibilita el ejercicio del resto de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Se hace necesario, a la vez, incluir una arista no menos importante, y es que el Estado ecuatoriano se reconoce como descentralizado, lo que hace aún más importante la lucha y reivindicación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, sobre todo en el autogobierno.²²

Los derechos que no son un asunto de minorías

El camino hacia una construcción clara de lo que significa un Estado plurinacional, descentralizado, social y de derechos no puede perder de vista que los titulares de los derechos humanos y de otros derechos universales son estrictamente dependientes de los elementos que generan la vida en el planeta. Estos elementos están íntimamente ligados a la salud ecosistémica, pues permiten que estén garantizados los ciclos naturales necesarios para que se reproduzca la vida dentro de los territorios donde se ejerce cualquier actividad. Los ecosistemas se ven afectados por decisiones individuales y colectivas, incluso aquellas que permiten ejercer derechos y obligaciones. Si no alcanzamos a mirarnos como iguales, ¿qué haría la naturaleza para solucionarlo?

Will Kymlicka expone que es necesario mencionar que la ONU suscribió en 1992 la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, así como en 2007 la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Indica que los derechos de las minorías son de transcendencia global; al contrario, en la edificación de Estados unitarios, se evidencia la coerción expresada en medidas que terminan por excluir a las minorías y llegan a suprimir su lengua y sus formas tradicionales de gobierno a través de normas discriminatorias y de “ciudadanía”, e incluso de la expulsión de sus tierras.²³

Alrededor de los espacios de vida, el discurso mundial ha denominado “patrimonio” a los “bienes comunes” (culturales y naturales) con importancia para el bienestar común. Estos bienes son de todos y de nadie al mismo tiempo, al igual que el derecho exclusivo sobre ellos. La colonización/mercantilización de las parcelas de vida debido a su privatización con fines comerciales ha excluido completamente el origen comunitario y colectivo, debido a su erosión, colonización y contaminación.²⁴

18 María Bernarda Carpio, “Pluralismo jurídico en el Ecuador: ¿Existencia de una verdadera aplicabilidad en el ámbito penal?”, *USFQ Law Review* 2, n.º 1 (2015), <https://bit.ly/3U5E6dR>.

19 *Ibid.*, 218.

20 *En ibid.*, 219.

21 *Ibid.*, 220.

22 Yessica Álvarez, “Pluralismo jurídico posdesarrollista en la Constitución de Montecristi”, *Foro. Revista de Derecho* 34 (2020), <https://doi.org/10.32719/26312484.2020.34.1>.

23 Will Kymlicka, “Derechos de las minorías en la filosofía política y el derecho internacional”, en *Derechos ancestrales: Justicia en contextos plurinacionales*, ed. Carlos Espinosa y Danilo Caicedo (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 4.

24 David Sánchez, “Herencia, recreaciones, cuidados, entornos y espacios comunes y/o locales para la humanidad, pueblos indígenas y derechos humanos”, en *Derechos ancestrales: Justicia en contextos plurinacionales*, ed. Carlos Espinosa y Danilo Caicedo (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 40.

Según Eugenio Zaffaroni, la legitimidad de los derechos nacionales tiene como fuente el genocidio colonialista. El autor resalta que no se pueden agravar las consecuencias de los crímenes del pasado, y menciona que hay que garantizar la “capacidad de resolución de conflictos y no entrometer el sistema penal legal en las soluciones comunitarias tradicionales que sean eficaces”.²⁵

El territorio en disputa es un ser vivo

Ramiro Ávila Santamaría recuerda que la Tierra en su conjunto es un ser vivo, y por tanto mantiene activos sus sistemas para garantizar su existencia. Haciendo énfasis en la teoría de Gaia, plantea una pregunta que coincide con lo señalado en párrafos anteriores: ¿necesita la Tierra del ser humano? Para tratar de responderla, hay que internalizar que seres humanos y naturaleza somos parte del mismo conjunto, y por eso es necesario que todo lo que se haga esté lleno de racionalidad con el fin de no causar desequilibrio; para el autor, se puede aplicar desde el principio kantiano de la dignidad.²⁶ A partir del contenido de la Constitución ecuatoriana, como parte de la naturaleza los seres humanos tienen representatividad, pero ese criterio de igualdad se amplía hacia los otros seres vivos.²⁷

El objetivo del reconocimiento de los derechos de la naturaleza es romper con el antropocentrismo. Las intervenciones de los seres humanos no pueden poner en riesgo la vida de los ecosistemas. Para ello es necesario superar la visión clásica de reparaciones, compensaciones o indemnizaciones; para garantizar la vida y su continuidad es necesario rehabilitar y recuperar todo daño ambiental.²⁸

Debe existir un nexo estrecho entre justicia y derechos de la naturaleza. Algunos sectores evocan la justicia ambiental para combatir la des-

igualdad y la discriminación; entienden que los problemas ambientales causan pobreza, sectarismo y segregación.²⁹ Dejando de lado las posturas que defienden la supuesta superioridad de especie, que tan solo hace un parangón de la especie dominante, Gudynas afirma con claridad que “la conservación y el uso sostenible de los ecosistemas se convierten en instrumentos de la justicia ecológica”.³⁰

Silvia Jaquenod de Zsögön resalta lo fundamental del reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos originarios: la sabiduría y el conocimiento que han construido en su relación con la naturaleza los debe hacer partícipes “de forma justa y equitativa de los beneficios que se derivan de la diversidad biológica”.³¹ La autora plantea que la afectación que causa el consumo desmedido del medio ambiente es atentatorio de los derechos humanos. El equilibrio ecológico se ve seriamente amenazado, a la par que genera conflictos sociales de difícil solución. Se debe fortalecer “la premisa de apostar no tanto en qué planeta se dejará a las generaciones venideras, sino más bien qué generaciones tendrá el mundo futuro”;³² la necesidad pasa por incluir valores en un cambio cultural que entienda la dependencia de los seres humanos de la salud de la naturaleza y sus componentes.

Extractivismo: Un “ente demoníaco”

Para Alberto Acosta, el extractivismo es un modelo biodepredador, que se evidencia en sus daños irreversibles a la naturaleza.³³ El extractivismo está supeditado al mercado; incluso la especulación internacional del precio de los minerales hace parecer que yacimientos con poco mineral son rentables, lo que justifica la destrucción de espacios naturales por parte del Estado, que debe asumir con dinero público el pasivo ambiental dejado por

25 Eugenio Zaffaroni, “Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal”, en *Derechos ancestrales: Justicia en contextos plurinacionales*, ed. Carlos Espinosa y Danilo Caicedo (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 109.

26 Ramiro Ávila Santamaría, “El derecho de la naturaleza: Fundamentos”, en *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, ed. Carlos Espinosa y Danilo Caicedo (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2011), 46.

27 *Ibid.*, 53.

28 Eduardo Gudynas, “Los derechos de la naturaleza y la construcción de una justicia ambiental y ecológica en Ecuador”, en *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, ed. Carlos Espinosa y Danilo Caicedo (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2011), 98.

29 *Ibid.*, 108.

30 *Ibid.*, 113.

31 Silvia Jaquenod de Zsögön, “Derechos humanos y recursos naturales”, en *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, ed. Carlos Espinosa y Danilo Caicedo (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2011), 147.

32 *Ibid.*, 150.

33 Alberto Acosta, “Extractivismo y derechos de la naturaleza”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, ed. Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva (Quito: Abya-Yala / Fundación Rosa Luxemburg, 2012), 157.

empresas transnacionales.³⁴ La violencia con que opera el extractivismo afecta de diversas formas aun a los Gobiernos seccionales, desde ser un impedimento para la ejecución de los planes de desarrollo, hasta direccionar decisiones locales transformándose en aportantes financieros.³⁵

El extractivismo no se restringe únicamente a las industrias petroleras y mineras, existen otras actividades como el monocultivo, la industria maderera y la pesca indiscriminada. El aprovechamiento de cualquier recurso que se extraiga sin medida —otro ejemplo son las especies del manglar— es extractivismo que ejerce violencia en su accionar. Ninguna de estas actividades puede ser considerada o categorizada como sustentable, lo que se vuelve más peligroso si se tiene fe ciega en la tecnología.³⁶

La aparición de nuevas enfermedades debido al desequilibrio entre la humanidad y la naturaleza afecta a todos los que habitan el planeta. Bacterias, parásitos, hongos y virus cumplen su rol y ocupan un lugar junto al ser humano. En esos hábitats compartidos, sobre todo las ciudades, se respira aire contaminado producto de las reacciones químicas provocadas por los gases de motores, expedidos a la atmósfera en pequeñas partículas invisibles que penetran el sistema respiratorio, provocan enfermedades y agravan otros padecimientos.³⁷

Cientos de miles de especies vegetales y animales han desaparecido por no haberse adaptado a los problemas ambientales. Los cambios provocados en los bosques a causa de la deforestación provocan que las especies —y la simbiosis asociada, al igual que la parasitación— tengan mutaciones y migren mucho más cerca de los centros poblados. Según Jaramillo, “la conservación de la naturaleza ha pasado de ser un problema netamente ecológico, social y económico a uno de salud”.³⁸

El territorio debe entenderse desde la interacción del ser humano con la naturaleza y los cambios o transformaciones que produce esta relación; esto hace que el concepto entre en un debate constante, porque constituye un acto político basado en relaciones de poder.³⁹ La deshumanización de la relación con la naturaleza, la alimentación, el conocimiento, la cultura y las raíces, así como la ruptura entre el campo y lo urbano, es producto de un sistema mecánico devastador.⁴⁰

El territorio es de vital importancia para comprender la relación entre la producción tradicional campesina y las modificaciones adaptadas a las condiciones locales, que se benefician de siglos de evolución cultural y biológica.⁴¹ Hoy, sin embargo, viene a constituir un espacio de creciente disputa, principalmente porque la agroindustria necesita implantar modelos que permitan atender a los mercados crecientes dependientes de su modelo tecnológico.⁴²

Desde la oscuridad, el extractivismo entiende a lo rural como estratégico, pues opera en una perspectiva funcional —conforme expone Víctor Toledo— entre “el mundo de la naturaleza y el mundo de los artefactos”. Según el autor, la apropiación de la naturaleza se puede realizar desde territorios urbanos, especialmente en los países que aplican el modelo industrial avanzado.⁴³

La propiedad del territorio en manos de unos pocos grupos hegemónicos pone en evidencia la importancia que significa para la conservación de la biodiversidad que la mayoría de los bosques templados del planeta se encuentren en territorios indígenas, en lo que se estima un porcentaje que va del 12 % al 20 % de la superficie continental del planeta.⁴⁴

Los espacios geográficos latinoamericanos, donde se asienta una vastedad de sistemas agrícolas y ecosistemas biodiversos, deben ser entendidos desde las presiones que ejercen sobre ellos

34 *Ibíd.*, 159.

35 *Ibíd.*, 161.

36 *Ibíd.*, 162.

37 Juan Jaramillo, “Ecología: Salud y enfermedad”, *Acta Médica Costarricense* 52, n.º 1 (2010): 43-8, <https://bit.ly/3gsscgp>.

38 *Ibíd.*, 46.

39 Geovanna Lasso, “Territorios en disputa: Un análisis de la soberanía alimentaria en el Ecuador” (ponencia, Coloquio Internacional Elikadura²¹, Vitoria-Gasteiz, 24-26 de abril de 2017).

40 Armando Bartra, *El hombre de hierro: Los límites sociales y naturales del capital* (Ciudad de México: Itaca / Universidad Autónoma de la Ciudad de México / Universidad Autónoma Metropolitana, 2008).

41 Miguel Altieri y Clara Nicholls, *Agroecología: Teoría y práctica para una agricultura sustentable* (Ciudad de México: PNUMA, 2000). 34.

42 Francisco Caporal y Paulo Petersen, “Políticas públicas y alternativas agroecológicas en Brasil: Perspectivas para la seguridad y soberanía alimentaria”, *Revista de Economía Crítica* 2, n.º 10 (2010), <https://bit.ly/3gy8zn2>.

43 Víctor Toledo, Pablo Alarcón y Lourdes Barón, “Revisualizar lo rural desde una perspectiva multidisciplinaria”, *Polis* 22 (2009), <https://bit.ly/3U7lito>.

44 Víctor Toledo y Narciso Barrera, *La memoria biocultural: La importancia ecológica de las sabidurías tradicionales* (Barcelona: Icaria, 2008), 53.

la población, las variaciones climáticas y ecológicas, las organizaciones sociales y las relaciones socioeconómicas. En este sistema biodiverso, el desarrollo agrícola debe estar en enlace profundo con las necesidades y potencialidades de los campesinos locales, sin dejar de tomar en cuenta las condiciones biofísicas y socioeconómicas imperantes.⁴⁵

Las afectaciones a los pueblos por los daños irreversibles causados al planeta ponen en serio riesgo su cultura, sus derechos y los recursos naturales. Los cambios acelerados en el clima son una amenaza para las nuevas generaciones, debido a que tendrán que enfrentar crisis profundas que se evidenciarán en migraciones masivas y enfrentamientos regionales por recursos vitales.⁴⁶

La vida de los ecosistemas es intercultural

La apertura a las distintas visiones, a las múltiples formas de entender la vida, no es la aventura de encontrar el conocimiento correcto: es asumir como humanidad que ninguno lo es, que los saberes que permiten vivir en armonía con el planeta nos protegen como humanos, que se debe mantener el diálogo entre los saberes de los diversos.⁴⁷ “Para restablecer el vivir bien es necesario el equilibrio entre mujeres, hombres y la Madre Tierra, nuestra Pachamama”.⁴⁸

La relación armoniosa persona humana-naturaleza y el equilibrio ecológico están en peligro por el aceleramiento del cambio climático. La relación colonial afecta al Sur y se proyecta especialmente en los campesinos y los pueblos indígenas. Se intenta despojarlos del control de su medio natural para beneficiar al Norte y sus empresas.⁴⁹ Es de importancia no caer en falsas soluciones, proyectadas a futuro como la única salida. La mercantilización de la biodiversidad es un plan estratégico para integrarla al mercado financiero de productos y servicios globales.⁵⁰

En Ecuador, el art. 10 de la Constitución establece que “las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”. Alrededor de los principios de aplicación de derechos, se desarrolla en varios artículos del documento una gama amplia de derechos, cuya base fundamental son los de la naturaleza, entendiéndolo con claridad que es donde se “reproduce y realiza la vida”.⁵¹

En el art. 3, num. 1, de la norma suprema se establece como un deber primordial del Estado “[g]arantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”.⁵² Es fundamental además, en el contexto de este trabajo, resaltar que Ecuador reconoce 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”.⁵³ Asimismo, la Constitución ordena que “la soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua”.⁵⁴

La Corte Constitucional del Ecuador, en el auto de aclaración y ampliación n.º 1149-19-JP/21, decidió lo siguiente:

En el caso de las autorizaciones y decisiones estatales que puedan afectar al ambiente y estén relacionadas con actividades de minería a mediana y gran escala, como el caso bajo análisis, la consulta ambiental debe realizarse:

- i. al menos antes de la emisión del registro ambiental y
- ii. al menos antes de la emisión de la licencia ambiental.⁵⁵

45 Altieri y Nicholls, *Agroecología*, 45

46 Eduardo Paz Rada, “Sociedad, política y conflictos ante la crisis del cambio climático: Los desafíos de la sociología frente a la crisis climática y civilizatoria”, *Temas Sociales* 31 (2011), <https://bit.ly/3V2zDtv>.

47 José Fuentes, “Sobre la crisis civilizatoria y las alternativas: De la industrialización de la vida a un pluriverso de realidades” (tesis doctoral, Universidad Pablo de Olavide, España, 2007), 295, <https://bit.ly/3Xp8dzT>.

48 Elisa Vega, “Descolonizar y despatriarcalizar para vivir bien”, en *Más allá del desarrollo: Grupo Permanente de Trabajo sobre Alternativas al Desarrollo*, comp. Miriam Lang y Dunia Mokrani (Quito: Abya-Yala / Fundación Rosa Luxemburg, 2011), 263.

49 Paz Rada, “Sociedad, política y conflictos ante la crisis del cambio climático”.

50 Larissa Ambrosano, “Biodiversidad como mercancía marca los debates en la Convención”, en *Cambio climático y justicia ambiental: Una introducción*, comp. Lyda Forero (Bogotá: CLACSO, 2012), 259.

51 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 10.

52 *Ibid.*, art. 3.

53 *Ibid.*, art. 12.

54 *Ibid.*, art. 15.

55 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Auto de aclaración y ampliación n.º 1149-19-JP/21”, *Caso n.º 1149-19-JP*, 21 de

Conclusiones

En los territorios de los pueblos y nacionalidades originarios, las organizaciones que los representan han desarrollado esfuerzos para la construcción de sus planes de vida. En ellos se trata de documentar la visión del territorio, además de las formas a través de las cuales se lo puede administrar. Se lo hace en componentes que tratan de conceptualizar su relación territorial con el espacio vital, para desarrollar los diferentes modos de materializar su cosmovisión. Las nacionalidades y pueblos originarios, especialmente en la Amazonía ecuatoriana, no rigen su convivir comunitario por normas escritas; pese a esto, en sus planes de vida tratan de normar su relación con el o los ecosistemas que han sido ancestralmente su aporte para el planeta.

Es una deuda histórica que no acabamos de comprender a pesar de coexistir en uno de los Estados más megadiversos sobre la faz de la tierra. No alcanzamos a vernos como iguales, lo que impide que haya voluntad para elaborar un gran plan lleno de pluralismo y de justicia. Lo complejo de este hoyo negro es que somos parte de un espacio capaz de sostener la vida en el planeta.

Referencias

- Acosta, Alberto. "Extractivismo y derechos de la naturaleza". En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, 157-77. Quito: Abya-Yala / Fundación Rosa Luxemburg, 2012. <https://bit.ly/3AGKp0y>.
- Altieri, Miguel, y Clara Nicholls. *Agroecología: Teoría y práctica para una agricultura sustentable*. Ciudad de México: PNUMA, 2000.
- Álvarez, Yessica. "Pluralismo jurídico posdesarrollista en la Constitución de Montecristi". *Foro. Revista de Derecho* 34 (2020): 8-24. <https://doi.org/10.32719/26312484.2020.34.1>.
- Ambrosano, Larissa. "Biodiversidad como mercancía marca los debates en la Convención". En *Cambio climático y justicia ambiental: Una introducción*, compilado por Lyda Forero, 257-76. Bogotá: CLACSO, 2012. <https://bit.ly/3EY4HF9>.
- Ávila Santamaría, Ramiro. "El derecho de la naturaleza: Fundamentos". En *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, editado por Carlos Espinosa y Danilo Caicedo, 35-73. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2011. <https://bit.ly/3V0hWLC>.
- Bartra, Armando. *El hombre de hierro: Los límites sociales y naturales del capital*. Ciudad de México: Itaca / Universidad Autónoma de la Ciudad de México / Universidad Autónoma Metropolitana, 2008.
- Bonilla, Marcelo. "Pluralismo jurídico en el Ecuador: Hegemonía estatal y lucha por el reconocimiento de la justicia indígena". En *Hacia sistemas jurídicos plurales: Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, coordinado por Rudolf Huber, Juan Carlos Martínez, Cécile Lachenal y Rosember Ariza, 51-69. Ciudad de México: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008. <https://bit.ly/3EBgXtU>.
- Caporal, Francisco, y Paulo Petersen. "Políticas públicas y alternativas agroecológicas en Brasil: Perspectivas para la seguridad y soberanía alimentaria". *Revista de Economía Crítica* 2, n.º 10 (2010): 75-112. <https://bit.ly/3gy8zn2>.
- Carpio, María Bernarda. "Pluralismo jurídico en el Ecuador: ¿Existencia de una verdadera aplicabilidad en el ámbito penal?". *USFQ Law Review* 2, n.º 1 (2015): 217-30. <https://bit.ly/3U5E6dR>.
- De Sousa Santos, Boaventura. "Cuando los excluidos tienen derecho: Justicia indígena, plurinacionalidad, interculturalidad". En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, 13-50. Quito: Abya-Yala / Fundación Rosa Luxemburg, 2012.
- EcoCiencia. "Resultados del mapa de deforestación en la Amazonía ecuatoriana". Video de YouTube, 2022. <https://bit.ly/3AEOVN9>.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. "Auto de aclaración y ampliación n.º 1149-19-JP/21". *Caso n.º 1149-19-JP*. 21 de diciembre de 2021.
- Fuentes, José. "Sobre la crisis civilizatoria y las alternativas: De la industrialización de la vida a un pluriverso de realidades". Tesis doctoral, Universidad Pablo de Olavide, España, 2007. <https://bit.ly/3Xp8dzT>.
- Gualinga, José. "Reconocimiento de Kawsak Sacha —selva viviente— como nueva categoría de protección a los territorios indígenas en la Amazonía centro-sur". En *Buen vivir como alternativa al desarrollo: Una construcción interdisciplinaria y participativa*, coordinado por Carlos Larrea Maldonado y Natalia Greene, 106-12. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017. <https://bit.ly/3i5x2Ap>.
- Gudynas, Eduardo. "Los derechos de la naturaleza y la construcción de una justicia ambiental y ecológica en Ecuador". En *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, editado por Carlos Espinosa y Danilo Caicedo, 95-122. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2011.
- Jaquenod de Zsögon, Silvia. "Derechos humanos y recursos naturales". En *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, editado por Carlos Espinosa y Danilo Caicedo, 139-67. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2011.
- Jaramillo, Juan. "Ecología: Salud y enfermedad". *Acta Médica Costarricense* 52, n.º 1 (2010): 43-8. <https://bit.ly/3gsscgp>.
- Kymlicka, Will. "Derechos de las minorías en la filosofía política y el derecho internacional". En *Derechos*

- ancestrales: Justicia en contextos plurinacionales*, editado por Carlos Espinosa y Danilo Caicedo, 3-31. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Larrea, Carlos, Ana Bravo y Malki Sáenz. “El neoextractivismo en Ecuador: Crisis y alternativas”. En *Buen vivir como alternativa al desarrollo: Una construcción interdisciplinaria y participativa*, coordinado por Carlos Larrea Maldonado y Natalia Greene, 136-54. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017. <https://bit.ly/3i5x2Ap>.
- Lasso, Geovanna. “Territorios en disputa: Un análisis de la soberanía alimentaria en el Ecuador”. Ponencia presentada en el Coloquio Internacional Elikadura²¹, Vitoria-Gasteiz, 24-26 de abril de 2017. <https://bit.ly/3EZSj7l>.
- Martínez, Esperanza, y Alberto Acosta. “Los derechos de la naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible”. *Revista Direito e Práxis* 8, n.º 4 (2017). <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/31220>.
- Martínez, Javier. “El paraíso en venta: Desarrollo, etnicidad y ambientalismo en la frontera sur del Yasuní (Amazonía ecuatoriana)”. Tesis doctoral, Universitat de Lleida, España, 2014. <https://bit.ly/3FLCdis>.
- Paz Rada, Eduardo. “Sociedad, política y conflictos ante la crisis del cambio climático: Los desafíos de la sociología frente a la crisis climática y civilizatoria”. *Temas Sociales* 31 (2011): 49-81. <https://bit.ly/3V2zDtv>.
- Sánchez, David. “Herencia, recreaciones, cuidados, entornos y espacios comunes y/o locales para la humanidad, pueblos indígenas y derechos humanos”. En *Derechos ancestrales: Justicia en contextos plurinacionales*, editado por Carlos Espinosa y Danilo Caicedo, 33-63. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Seco, Carmen. “La identidad amazónica vinculada al Sumak Kawsay: Actos de re-existencia y resiliencia”. En *Buen vivir como alternativa al desarrollo: Una construcción interdisciplinaria y participativa*, coordinado por Carlos Larrea Maldonado y Natalia Greene, 89-97. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017. <https://bit.ly/3i5x2Ap>.
- Storini, Claudia. “El aporte del Buen vivir al constitucionalismo y al derecho”. En *Buen vivir como alternativa al desarrollo: Una construcción interdisciplinaria y participativa*, coordinado por Carlos Larrea Maldonado y Natalia Greene, 42-67. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017. <https://bit.ly/3i5x2Ap>.
- Tirira, Diego. *Mamíferos del Ecuador: Guía de campo*. Quito: Murciélagos Blanco, 2007.
- Toledo, Víctor, Pablo Alarcón y Lourdes Barón. “Revisualizar lo rural desde una perspectiva multidisciplinaria”. *Polis* 22 (2009). <https://bit.ly/3U7lito>.
- , y Narciso Barrera. *La memoria biocultural: La importancia ecológica de las sabidurías tradicionales*. Barcelona: Icaria, 2008. <https://bit.ly/3gGiSW5>.
- Vega, Elisa. “Descolonizar y despatriarcalizar para vivir bien”. En *Más allá del desarrollo: Grupo Permanente de Trabajo sobre Alternativas al Desarrollo*, compilado por Miriam Lang y Dunia Mokrani, 257-63. Quito: Abya-Yala / Fundación Rosa Luxemburg, 2011. <https://bit.ly/3VbAhFq>.
- Zaffaroni, Eugenio. “Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal”. En *Derechos ancestrales: Justicia en contextos plurinacionales*, editado por Carlos Espinosa y Danilo Caicedo, 99-121. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

La hermenéutica del término *biodiversidad* en la Constitución de Ecuador

The Hermeneutics of the Term *Biodiversity* According to the Constitution of Ecuador

Recepción: 18/10/2022 • Revisión: 25/10/2022 • Aceptación: 07/11/2022

<https://doi.org/10.32719/29536782.2022.2.5>

iD Juan Sebastián Acosta
Global Alliance for Rights of Nature Latinoamérica (GARN)
Bogotá, Colombia
latinamericahub@garn.org

iD Esperanza Martínez Yánez
Acción Ecológica
Quito, Ecuador
esperanza@accionecologica.org

iD Nathaly Padilla Velasco
Savía Fund
Quito, Ecuador
nathaly@saviafund.org

Resumen

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008 apostó por una visión incluyente e integradora que reunió la perspectiva europea y las nociones amerindia de naturaleza y ambiente. A partir de allí, en el texto constitucional se reflejan varias contradicciones en los niveles de desarrollo de los preceptos constitucionales. En el presente artículo se analizan la interpretación del concepto *biodiversidad* en la Constitución, las contradicciones existentes entre los términos que recoge el texto constitucional y las implicaciones de la biodiversidad en un país plurinacional, en el que se reconoce a la naturaleza como un sujeto de derechos. Asimismo, se estudia cómo Ecuador ha transitado entre dos perspectivas distintas de percibir el ambiente y la naturaleza. También, se examina si la interpretación intercultural de la biodiversidad llega realmente a reflejarse en el texto constitucional; se estudia la normativa ambiental secundaria, en el desarrollo de los preceptos constitucionales relativos a la biodiversidad; y se resalta la falta de inclusión de la Pacha Mama y de la interculturalidad. Finalmente, se observa la regresividad en materia de valoración de la biodiversidad al reafirmar el enfoque de recursos aprovechables y la mercantilización, incluso en el contexto de los saberes colectivos y tradicionales.

Abstract

The Constitution of Ecuador opted for an inclusive and integrating vision that brought together the European idea and the Amerindian notion of Nature and the Environment. From there, various contradictions are reproduced in the constitutional text in developing principles, rights, and precepts. This article analyzes the interpretation of the term biodiversity in the current Constitution of Ecuador, the existing

Palabras clave

biodiversidad
pluralismo jurídico
naturaleza
recursos naturales
interés público

Keywords

biodiversity
legal pluralism
nature
natural resources
public interest

contradictions between the definitions and terms included in the constitutional text, and the significance of biodiversity in an intercultural country where nature is recognized as a subject of rights. Likewise, this article studies how Ecuador has transitioned between two different perspectives of perceiving the Environment and Nature in less than three decades. Also, it examines if the intercultural interpretation of biodiversity is correctly positioned in the constitutional text. In addition, the article analyzes the Ecuadorian environmental regulations, focusing on the development of the constitutional precepts related to biodiversity, and highlights the need for the inclusion of concepts such as Pacha Mama and Interculturality. Finally, when analyzing the development of biodiversity valuation, the article concludes that environmental regulations are regressive and reaffirm a utilitarian vision about the resources, even in the context of traditional knowledge guaranteed in the Constitution of Ecuador.

Introducción

El planeta Tierra y sus ecosistemas son espacios vitales que la especie humana comparte con millones de animales, vegetales y microorganismos, muchos aún desconocidos y muchos que nunca llegaremos a conocer por su probable desaparición. Justamente, a esa amplia variedad de seres vivos que habitan el planeta Tierra se la denomina *biodiversidad*.

El término o la denominación *biodiversidad* es de reciente formulación, aunque su configuración discursiva se sofisticó rápidamente, toda vez que, en un plazo relativamente corto, ha ido articulando nuevos elementos. Apenas en la literatura científica anterior a los años 80, la diversidad biológica aludía a la diversidad de especies en tanto característica estructural de los ecosistemas.¹

La explosión significativa del concepto emana básicamente de dos publicaciones aparecidas en 1980,² que incorporan la biodiversidad global y la definen incluyendo dos conceptos relacionados entre sí: diversidad genética (la cantidad de variabilidad genética dentro de las especies) y diversidad ecológica (el número de especies en una comunidad de organismos).³ Una de las definiciones teóricas más recurrentes sobre qué es la biodiversidad es la de Noss,⁴ quien sugiere que la biodiversidad es compleja, se encuentra en continuo cambio e incluye diferentes niveles de lo viviente.⁵

Para 1992, la biodiversidad se había convertido en un tema toral de los debates de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo, también llamada Cumbre de la Tierra. Para Ecuador, signatario del Convenio de Diversidad Biológica, la biodiversidad es parte de un patrimonio natural sobre el que el Estado ejerce derechos soberanos; esto se ha plasmado en la Constitución de 2008.

En la Constitución de 1979, codificada en 1997, se empieza a hablar de “la preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país”.⁶ En la del año 1998, el término *biodiversidad* es mencionado cinco veces, ligado al medio ambiente, a los pueblos indígenas, a la Amazonía y a las áreas protegidas.⁷

En 2008 aumenta la importancia de la biodiversidad, ya que se la menciona en el marco de los derechos colectivos y ambientales. Adicionalmente, aparece en la Constitución una sección completa sobre biodiversidad, que, como veremos, intenta reconciliar una serie de nociones diferentes y refuerza y desarrolla este concepto como parte de los recursos estratégicos del Estado.

En el presente artículo analizaremos cómo se interpreta el término *biodiversidad* en la Constitución ecuatoriana de 2008, cuáles son las contradicciones existentes en el texto constitucional y qué implicaría la biodiversidad en un país plurinacional, en el que se reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos.

- 1 Víctor Toledo, “La diversidad biológica de México: Nuevos retos para la investigación en los noventa”, *Ciencias* 34 (1994): 44, <https://bit.ly/3EJYQSS>.
- 2 Gerald Barney, ed., *The Global 2000 Report to the President, vol. 2: The Technical Report* (Washington DC: US Government Printing Office, 1980); Council on Environmental Quality, *Environmental Quality: The Eleventh Annual Report of the Council on Environmental Quality* (Washington DC: Council on Environmental Quality, 1980).
- 3 Irama Núñez, Édgar González y Ana Barahona, “La biodiversidad: Historia y contexto de un concepto”, *Interciencia* 28, n.º 7 (2003): 389, <https://bit.ly/3ic3Wj8>.
- 4 Reed Noss, “Indicators for Monitoring Biodiversity: A Hierarchical Approach”, *Conservation Biology* 4, n.º 4 (1990): 356, <https://bit.ly/3Xw70Xp>.
- 5 Gabriela Klier, “La biología de la conservación: Entre hegemonías y fugas”, *Ecología Política* 58 (2019), <https://bit.ly/3U82taN>.
- 6 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979, art. 44.
- 7 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 400 y 404.

Concepto de hermenéutica

En un sentido amplio, la hermenéutica hace referencia a la interpretación de textos. Algunos la perciben como un arte; en palabras de Arráez, Calles y Moreno de Tovar, el término refiere a “la comprensión de todo texto cuyo sentido no sea inmediatamente evidente y constituya un problema, acentuado por alguna distancia (histórica, psicológica, lingüística, etc.) que se interpone entre nosotros y el documento”.⁸ Otros autores perciben a la hermenéutica como una ciencia, una teoría de la comprensión de textos. Así, para Arteta, “tiene como método la fenomenología, porque entiende el comprender como un fenómeno cuyo propósito es encontrar el sentido que tiene el texto”.⁹ Ya sea arte o ciencia, la hermenéutica procura el entendimiento y la comprensión del sentido en un texto, del mensaje de un autor. Entonces, con objeto de analizar la hermenéutica de un término determinado, surgen varias interrogantes que incentivan un entendimiento a plenitud de su significancia desde distintas perspectivas o visiones. Por otro lado, con relación a un tema o problema específico, la hermenéutica permite comprender el sentido en que un autor se ha referido a determinado tema.

En consecuencia, al estudiar la hermenéutica de la biodiversidad desde la actual Constitución de Ecuador, buscamos develar el sentido que el constituyente —en calidad de autor— quiere transmitir a la sociedad ecuatoriana. Por ello, será inevitable revisar también varios conceptos relacionados, por ejemplo *naturaleza* y *ambiente*, para fortalecer la comprensión y el entendimiento de la biodiversidad en la legislación ecuatoriana.

La biodiversidad y los recursos naturales

En la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, el título VII, denominado “Régimen del buen vivir”, contiene un capítulo (el segundo) titulado “Biodiversidad y recursos naturales”. Al observar exclusivamente el índice de las secciones que componen el capítulo segundo, se reconoce un intento de conciliar conceptos distintos y se reflejan

contradicciones en el texto constitucional. El capítulo se compone de siete secciones: “Naturaleza y ambiente”, “Biodiversidad”, “Patrimonio natural y ecosistemas”, “Recursos naturales”, “Suelo”, “Agua” y “Biosfera, ecología urbana y energías alternativas”.

Como veremos, entre estos conceptos no existe un diálogo intercultural, sino un sincretismo; es decir, son una serie de piezas juntas que vienen de diferentes tradiciones, la mayoría de ellas de visiones clásicas antropocéntricas. Asimismo, podemos afirmar que no existe lo que Edwin Cruz califica como una “hermenéutica diatópica, para comprender los límites y la incompletitud de las concepciones que se ponen en diálogo”.¹⁰

En la cultura occidental solo los seres humanos pueden constituirse en sujetos de derecho. Así, se privilegia el disfrute de la naturaleza sobre la base de los derechos antes que los deberes. En cambio, desde la perspectiva del Sumak Kawsay [...], se privilegian los deberes para con la Pacha Mama. El diálogo intercultural permite comprender que ambos horizontes de sentido son incompletos y pueden complementarse en ciertos aspectos.¹¹

De aquí que su propuesta sea trabajar la interlegalidad, esto es, “un mayor conocimiento del funcionamiento de los horizontes de sentido en que se sustentan las distintas culturas jurídicas y su relación con la naturaleza, que promueva el mutuo aprendizaje entre ellas”.¹²

Sección primera: Naturaleza y ambiente

Los temas ambientales emergieron en Europa en la década de 1960, intentando explicar la degradación ambiental como un problema tecnológico y destacando la necesidad de establecer límites al crecimiento, especialmente el demográfico más que el económico. En 1972 se celebró la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, cuyo resultado fue la incorporación de la dimensión ambiental en la planificación y en los proyectos de desarrollo, con diferentes modalidades de estudios ambientales.¹³ El ambiente rápidamente se convirtió en un costo del desarrollo.

8 Morella Arráez, Josefina Calles y Liuval Moreno de Tovar, “La hermenéutica: Una actividad interpretativa”, *Sapiens. Revista Universitaria de Investigación* 7, n.º 2 (2006): 173, <https://bit.ly/2XSFYuy>.

9 Cristóbal Arteta, *Hermenéutica, pedagogía y praxeología* (Barranquilla, CO: Universidad Libre Seccional Barranquilla, 2017), 17-8.

10 Edwin Cruz, “Del derecho ambiental a los derechos de la naturaleza: Sobre la necesidad del diálogo intercultural”, *Jurídicas* 11, n.º 1 (2014): 111, <https://bit.ly/3U8Jlt3>.

11 *Ibid.*, 113.

12 *Ibid.*

13 ONU, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano* (Nueva York: ONU, 1973).

Inicialmente, a través de la Constitución de la República del año 1979, Ecuador reconoció el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Asimismo, incorporó el desarrollo sustentable y declaró al ambiente como de interés público.

Más adelante, con la Constitución del año 2008, Ecuador incorporó a la naturaleza como sujeto de derechos propios. Así, su art. 10 reconoció tres sujetos de derechos: las personas, las comunidades y la naturaleza. Es relevante resaltar que, para definir “naturaleza” dentro de la Constitución del año 2008, no se tomó como punto de partida la definición clásica ambiental, sino la que venía de la cultura amerindia: Pacha Mama. A partir de entonces, a la naturaleza se le reconoce como “vital para la existencia humana, pues de ella somos parte”,¹⁴ y se invita a “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, que recupere y respete a la naturaleza, que sea armónica con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el Sumak Kawsay”.¹⁵

Esto denota que, en menos de tres décadas, Ecuador ha transitado entre dos perspectivas distintas de percibir el ambiente y la naturaleza: por una parte, la visión de ambiente y naturaleza como fuente de recursos para el desarrollo sustentable; por otra, la de naturaleza como una unidad viva, un sujeto de derechos. Así, bajo la sección “Naturaleza y ambiente”, el art. 395 de la Constitución se revela como un híbrido conciliador de dos visiones distintas, a través del siguiente texto:

El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.¹⁶

Aparece un intento de juntar dos formas distintas de concebir a la naturaleza: la proveniente del desarrollo sostenible, y la de la naturaleza como sujeto de derechos. Esto genera confusiones a la hora de entender el papel del Estado en el cuidado del ambiente. La Constitución también reproduce contradicciones al hablar del modelo de desarrollo: por un lado, sostiene el desarrollo

calificado como “sostenible” o “sustentable”; por otro lado, habla del Sumak Kawsay. Todo parece indicar que, en el proceso asambleario, en medio del debate, se prefirió incluir ambas acepciones, *naturaleza* y *ambiente*, apostando a una aproximación incluyente e integradora. De ese mismo ejercicio emana el sincretismo que pone en un mismo texto conceptos tan disímiles e incluso contrarios como *desarrollo* y *buen vivir*.

Sección segunda: Biodiversidad

Como se señaló anteriormente, la biodiversidad cada vez aparece con más fuerza en la Constitución de Ecuador. Sin embargo, como diría Klier, esta “nueva naturaleza” llamada *biodiversidad* sigue presentando un dualismo naturaleza-cultura.¹⁷

Tal como es presentada en la actual Constitución, la biodiversidad está cosificada, catalogada como “propiedad” del Estado. De hecho, según el texto constitucional, es el Estado quien ejerce la soberanía sobre la biodiversidad, cuya administración y gestión se realizará con responsabilidad intergeneracional. También se declara de interés público la conservación de la biodiversidad y todos sus componentes, en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético del país.¹⁸

Esto último atiende a una amenaza creciente que sufren los países con alta biodiversidad, por acciones que incluyen la biopiratería y otras formas de apropiación ilegítimas de componentes de la biodiversidad, tanto tangibles como intangibles. En esta línea, la actual Constitución de Ecuador establece una prohibición expresa a la propiedad intelectual en lo referente al conocimiento colectivo.¹⁹

En relación a la biodiversidad, y en consonancia con los derechos de la naturaleza, la actual Constitución ecuatoriana también prohíbe la manipulación genética. En el caso de los transgénicos, como en otros temas relevantes, se establece una salvedad por el interés nacional, las normas de bioseguridad y el uso y el desarrollo de la biotecnología moderna, ratificando una línea tecnocientífica.

En la norma también se evidencian la importancia de la biodiversidad y las amenazas que enfrenta, al prohibirse suscribir convenios o acuerdos de cooperación que incluyan cláusulas que menos-

14 Ecuador, *Constitución*, 2008, preámbulo.

15 *Ibid.*, arts. 276, 277, 283, 290, 317, 319, 389, 395, 396 y 408.

16 *Ibid.*, art. 395.

17 Klier, “La biología de la conservación”, 76.

18 Ecuador, *Constitución*, 2008, art. 400.

19 *Ibid.*, art. 402.

caben la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la naturaleza.²⁰

Sección tercera: Patrimonio natural y ecosistemas

En lo referente al patrimonio natural, la sección se refiere casi exclusivamente a las áreas naturales protegidas. Así, el art. 404 consagra la ruptura de la naturaleza con la cultura y, subraya, también se refiere a la naturaleza como paisaje. El patrimonio natural de Ecuador, único e invaluable, comprende, entre otras, las formaciones físicas, biológicas y geológicas, cuyo valor desde el punto de vista ambiental, científico, cultural y paisajístico exige protección, conservación, recuperación y promoción.²¹

Se continúa con la lógica de proteger sitios emblemáticos como islas de conservación en las áreas protegidas, que sirven para garantizar la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas. Ahora bien, aunque se reconozca que en algunas haya comunidades, pueblos y nacionalidades que las han habitado ancestralmente, también se permite su privatización.²²

Por otro lado, si bien en un principio se asegura la intangibilidad de las áreas protegidas, su manejo y administración están a cargo del Estado;²³ este se reserva la posibilidad de realizar actividades extractivas o forestales bajo la excepción del interés nacional.²⁴

La definición de *ecosistema* como tal no está desarrollada en la actual Constitución ecuatoriana. En esta sección se lo menciona solo cuando se refiere a las limitaciones de dominio en “ecosistemas frágiles y marinos”. Tampoco describe las relaciones de interdependencia y complementariedad que se dan dentro de los ecosistemas. Por su parte, el Convenio de Diversidad Biológica define *ecosistema* como un “complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional”.²⁵

Secciones cuarta a sexta: Recursos naturales, suelo y agua

Para la Constitución, la biodiversidad no es parte de la naturaleza, sino un recurso natural. En el art. 408 se señala que “son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables [...], así como la biodiversidad y su patrimonio genético”.²⁶

A pesar de los esfuerzos de la Constitución ecuatoriana por mencionar la biodiversidad de microorganismos del suelo y declarar la capa fértil como de interés público, la visión del suelo que se presenta es utilitaria y está dirigida al desarrollo de prácticas agrícolas y a la protección y promoción de la soberanía alimentaria.²⁷

El agua sigue siendo considerada un recurso hídrico.²⁸ No obstante, se mencionan los caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico, y en el art. 412 se promueve un enfoque ecosistémico para su protección.

Sección séptima: Biósfera, ecología urbana y energías alternativas

Finalmente, esta sección de la Constitución de la República del Ecuador engloba temas diversos enfocados en ciudades, tecnologías y cambio climático. Las descripciones que realizan los arts. 413, 414 y 415 con relación a la biósfera, la ecología urbana y las energías alternativas son funcionales a temas más administrativos que conceptuales, con lo que se pierde la posibilidad de hablar del planeta como un todo.

La biodiversidad como de interés público/elemento soberano/recurso estratégico

El interés público, la soberanía y los recursos estratégicos como perspectivas conceptuales de biodiversidad desarrollaron figuras jurídicas en la actual Constitución de Ecuador. En tal virtud, la noción de interés público se ha desarrollado a través de conceptos complementarios, como

20 *Ibíd.*, art. 403.

21 *Ibíd.*, art. 404.

22 *Ibíd.*, art. 405.

23 *Ibíd.*, art. 397.

24 *Ibíd.*, art. 407.

25 ONU, *Convenio sobre la Diversidad Biológica*, 1992, art. 2, <https://bit.ly/3u9wxs1>.

26 Ecuador, *Constitución*, 2008, art. 408.

27 *Ibíd.*, arts. 409 y 410.

28 *Ibíd.*, art. 411.

la soberanía del Estado o la condición de ser un recurso natural estratégico. Por otro lado, la figura jurídica de interés público tiene conceptos análogos como “interés nacional”, “interés estratégico” e “interés social”.

El debate sobre la biodiversidad ha pasado desde una propuesta inicial que la declaraba patrimonio de la humanidad, hacia el reconocimiento de la soberanía de los Estados sobre la biodiversidad. Este cambio ocurrió por demanda de los países megadiversos en el seno del Convenio sobre Diversidad Biológica, debido a la apropiación y al acceso abusivos de las empresas transnacionales a especies con alguna utilidad, mediante derechos de propiedad intelectual y otros mecanismos.

Actualmente, la Constitución declara en su art. 14 que son de interés público “la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y el patrimonio genético y su integridad, la prevención del daño ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados”.²⁹ Esto, en función del derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *Sumak Kawsay*.

Con relación a los recursos estratégicos, la Constitución ecuatoriana establece como sectores estratégicos a la energía, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico y el agua. Se evidencia una contradicción estructural entre esta variedad de intereses, cuya ponderación queda en manos de la jurisprudencia y las leyes nacionales, que, como veremos en el caso del Código Orgánico del Ambiente (CODA) y del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (COESC), no logran asegurar una interpretación intercultural o que incorpore el enfoque de la naturaleza como sujeto de derechos.

Biodiversidad y pluralismo jurídico

El preámbulo de la Constitución de 2008 reconoce “nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos”.³⁰ Esto implica, entre otros aspectos, la construcción de un Estado intercultural y plurinacional, obligado a garantizar derechos específicos para las distintas poblaciones étnicas y nacionalidades, incluida la protección de los bienes intangibles que han sido creados y perfeccionados durante siglos.

Hasta antes de la década de 1980, los conocimientos tradicionales y la biodiversidad eran considerados como bienes públicos, gratuitos y de libre acceso.³¹ En consecuencia, por su condición de patrimonios de la humanidad, cualquier sujeto podía acceder a ellos sin necesidad de autorización del Estado o de los pueblos y comunidades indígenas. Por ello, durante décadas, agentes comerciales se apropiaron de la biodiversidad, los recursos genéticos y los conocimientos para su propio beneficio, vulnerando cualquier tipo de derecho para sus verdaderos poseedores. Como efecto, en la Constitución política del año 1998, con el fin de establecer mecanismos concretos para el ejercicio efectivo de tales derechos y en respuesta a las exigencias históricas, políticas y jurídicas de los pueblos indígenas, se incorporaron normas que reconocieron su derecho a la propiedad intelectual colectiva sobre los conocimientos ancestrales.³²

El patrimonio intelectual de las comunidades, los pueblos y las nacionalidades indígenas conforma un derecho fundamental de índole colectivo. Los sistemas de conocimiento “son aspectos centrales en la preservación de la identidad de los pueblos; por lo tanto, el control sobre estos recursos es una preocupación fundamental en su lucha por la libre determinación”.³³ El patrimonio intangible forma parte de su integridad, por lo que “se trata de una condición sin la cual una nacionalidad o pueblo indígena no podría existir como tal”.³⁴

29 *Ibíd.*, art. 14.

30 *Ibíd.*, preámbulo.

31 Mónica Ruiz, “Saberes ancestrales y el componente intangible asociado”, *Revista Ruptura* 56 (2012), <https://bit.ly/3GRutMI>.

32 En el art. 84 de la Constitución Política de la República del Ecuador del año 2008, el Estado ecuatoriano reconoció y garantizó a los pueblos indígenas varios derechos colectivos. Entre ellos, el num. 9 garantizó el derecho colectivo a la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales, a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.

33 Darrell Posey y Graham Dutfield, *Más allá de la propiedad intelectual* (Montevideo: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo / Nordan-Comunidad / Fondo Mundial para la Naturaleza, 1996), 103.

34 Rodrigo de la Cruz, “Conocimiento tradicional y plantas útiles en el Ecuador: Valoración, protección y legislación”, en *Conocimiento tradicional y plantas útiles del Ecuador: Saberes y prácticas*, de Montserrat Ríos, Rodrigo de la Cruz y Arturo Mora (Quito: IEPI / Fundación Pachamama / Universidad Politécnica Salesiana / Abya-Yala, 2008), 35.

En la valoración de la biodiversidad, es necesario tener en cuenta la enorme diferencia en la manera de relacionarse con la naturaleza por parte de las comunidades tradicionales y la cultura occidental. Mientras que en la sociedad dominante el afán es obtener el mayor beneficio económico posible, las comunidades indígenas mantienen un lazo espiritual con la naturaleza; más que recursos o materia prima, ven un medio de satisfacción plena.

Las diversas etnias, basadas en esta coexistencia, han conseguido mantener de modo sostenible sus territorios. Muchos de los conocimientos tradicionales contribuyen a la protección de los ecosistemas o, en su caso, al manejo racional de los recursos. Los pueblos y nacionalidades indígenas precautelan que la utilización de los componentes de la biodiversidad se dé a un ritmo que permita la preservación de sus tierras. Así, puede entenderse que para ellos no es precisamente un asunto de ecologismo, sino de supervivencia.³⁵

La interpretación intercultural de la biodiversidad no llega a reflejarse en el texto constitucional. No se especifican mecanismos que hagan del Estado plurinacional un camino hacia la construcción de puentes en torno al conocimiento de la biodiversidad, desde diferentes contextos epistemológicos, ni mucho menos en torno a su protección o salvaguarda.

A continuación abordamos un aspecto muy importante: la relación entre la biodiversidad y los conocimientos tradicionales o ancestrales.

Conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad

Debido a la variabilidad de aspectos que interactúan en la creación de conocimientos indígenas, no es posible la aceptación de una definición universalmente válida. Al respecto, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) ha mencionado que no es imprescindible “establecer una definición particular a fin de delimitar el alcance del objeto para el que se solicita la protección”.³⁶

Aunque la Constitución de Ecuador se refiere a conocimientos colectivos,³⁷ consideramos relevante reflexionar en torno a los conocimientos

tradicionales en tanto definidos por instrumentos normativos nacionales.

El CODA es la norma ambiental secundaria de Ecuador. Al ser una ley orgánica, regula el ejercicio del derecho humano al medio ambiente sano y de los derechos reconocidos a la naturaleza. En ese sentido, desarrolla los preceptos constitucionales relacionados a ambiente y naturaleza, entre ellos la biodiversidad. Su art. 30 plantea como objetivos del Estado en temas de biodiversidad:

regular el acceso a los recursos biológicos, así como su manejo, aprovechamiento y uso sostenible [...]; regular e incentivar la participación de personas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades en la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, así como en la distribución justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos [...]; proteger y recuperar el conocimiento tradicional, colectivo y saber ancestral de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades asociados con la biodiversidad, e incorporar dichos saberes y conocimientos en la gestión de las políticas públicas relacionadas con la biodiversidad.³⁸

Por otra parte, en su art. 81 plantea como objetivo el biocomercio:

La autoridad ambiental nacional, en coordinación con la autoridad rectora del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales, fomentará el uso y aprovechamiento sostenible de la biodiversidad nativa y sus componentes en el marco del biocomercio, para lo cual deberá evitar la degradación genética o la afectación a los fines de la conservación.³⁹

Estos objetivos develan un tratamiento utilitario y de mercado de los conocimientos relacionados con la biodiversidad. Pero, además, las políticas públicas relacionadas con la biodiversidad quedaron expresadas, por ejemplo en el COESC —con 28 menciones del término *biodiversidad*—, dentro del conocimiento tradicional, para el que existen dos categorías: primero, el componente intangible asociado a los recursos genéticos; segundo, las expresiones culturales tradicionales. La primera categoría, conocida como “conocimientos tradicionales de naturaleza técnica o asociados a los recursos

35 Yenán Reyes, “Protección jurídica de saberes ancestrales vinculados a la biodiversidad del Ecuador en el marco normativo vigente” (tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2017), 38, <https://bit.ly/3AQnxMi>.

36 OMPI, en Degmar Ferreti, “La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: Aportaciones al desarrollo de un sistema sui generis” (tesis doctoral, Universidad de Salamanca, España, 2011), 35, <https://bit.ly/3VPOLV1>.

37 Ecuador, *Constitución*, 2008, art. 57, num. 12.

38 Ecuador, *Código Orgánico del Ambiente*, Registro Oficial Suplemento 983, 12 de abril de 2017, art. 30.

39 *Ibid.*, art. 81.

genéticos”, corresponde a “los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica”.⁴⁰ En otras palabras, son las producciones intelectuales que se desarrollan a través del “aprovechamiento de los recursos naturales” que brinda el territorio en el cual habitan los pueblos y comunidades indígenas. Hay de nuevo una interpretación de la biodiversidad como una propiedad o producto susceptible de entrar al mercado. Es importante entender que los conocimientos de naturaleza técnica, las expresiones culturales tradicionales y los saberes ancestrales son elementos que se complementan mutuamente, y que para los miembros de los pueblos indígenas no existe tal división.

El COESC —o “Código Ingenios”, como se lo conoció en Ecuador— regula en su capítulo VI la investigación científica en la biodiversidad y el acceso a recursos genéticos y sus productos derivados con fines comerciales. Para el desarrollo de investigaciones científicas sobre los recursos biológicos, genéticos y sus productos derivados en territorio ecuatoriano, los interesados deberán obtener la correspondiente autorización.⁴¹ La movilización de recursos como parte de la práctica de un conocimiento tradicional por sus legítimos poseedores no requiere de autorización. Por lo tanto, lo que prohíbe el COESC es el acceso, uso o aprovechamiento indebido por terceros no autorizados.⁴² Es decir que el problema es no tener “autorización”, mientras que la Constitución prohíbe los derechos —incluidos los de propiedad intelectual— sobre productos derivados o sintetizados obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional.⁴³ Por lo tanto, el COESC no revela avances en las contradicciones latentes en la Constitución en torno a la biodiversidad.

Regresividad en la normativa ambiental secundaria en materia de biodiversidad

El CODA es el cuerpo normativo específico que desarrolla los temas relacionados con la biodiversidad. Como ya hemos analizado en líneas

anteriores, la Constitución de Ecuador define a la biodiversidad desde una visión eurocéntrica y desde una visión amerindia, lo que resulta en una multiplicidad de conceptos y figuras jurídicas que suelen ser contradictorias. Estas paradojas que fijó la Constitución se encuentran también en la normativa ambiental secundaria.

El glosario de términos del CODA define a la biodiversidad como “la cantidad y variedad de especies diferentes en un área definida, ya sea en ecosistemas terrestres, marinos, acuáticos y en el aire”. Indica que el término *biodiversidad* “comprende la diversidad dentro de cada especie, entre varias especies y entre los ecosistemas”.⁴⁴

Ahora bien, en un acercamiento a la hermenéutica de la biodiversidad desde el CODA, se puede notar una multiplicidad de formas de abordaje del término. Por una parte, la biodiversidad es considerada “recurso estratégico”, tal como se evidencia en el art. 29; si bien el tratamiento de la biodiversidad en tanto recurso estratégico del Estado es similar al de la Constitución, en el CODA se aclaran y desarrollan elementos del concepto “recurso estratégico”. Por ejemplo, se establece la exigencia de incluir a la biodiversidad en los procesos de planificación territorial nacional y de los Gobiernos autónomos descentralizados. Asimismo, la biodiversidad se vuelve un elemento esencial para garantizar “un desarrollo equitativo, solidario y con responsabilidad intergeneracional en los territorios”.⁴⁵

Sin embargo, en materia de recursos estratégicos, va más allá. Si bien en la Constitución de Ecuador ya se establecía que la conservación del patrimonio genético es de interés público, el art. 73 del CODA señala que “el patrimonio genético de la biodiversidad del territorio es un sector estratégico y que el Estado administrará y controlará el acceso a los recursos genéticos, sus componentes, derivados y sintetizados”.⁴⁶ Con esto, se evidencia otra forma de abordaje de la biodiversidad como un “recurso genético”, cuyo acceso debe ser administrado y controlado por el Estado.

Por otra parte, en el CODA, la biodiversidad recibe también el tratamiento de “recurso biológico”, como lo evidencian el art. 30, num. 4, el art. 72 y el art. 279. En ellos, al hablar de derechos sobre los

40 ONU, *Convenio sobre la Diversidad Biológica*, art. 8, lit. j.

41 Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial 899, Suplemento, 9 de diciembre de 2016, art. 68.

42 *Ibid.*, art. 522.

43 Ecuador, *Constitución*, 2008, arts. 322 y 402.

44 Ecuador, *Código Orgánico del Ambiente*, glosario.

45 *Ibid.*, art. 29.

46 *Ibid.*, art. 73.

recursos genéticos, se utiliza el término *recursos biológicos*, con lo que se pretende distinguir entre lo genético y lo biológico.

Además, la biodiversidad es interpretada por el CODA como un “recurso paisajístico”, tal como lo evidencian el art. 36, num. 3; el art. 40, num. 4; y el art. 55. En ellos se relaciona la conservación de la biodiversidad con la funcionalidad de los paisajes. Ahora bien, estas percepciones del término *biodiversidad* contienen un trasfondo común: interpretar a la biodiversidad como una fuente de aprovechamiento (en este caso, un trasfondo económico) con herramientas de valoración afines.

La normativa ambiental secundaria también toma en cuenta la biodiversidad al momento de desarrollar el derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. En efecto, el num. 2 del art. 5 del CODA propone a la conservación, el manejo sostenible y la recuperación de la biodiversidad como elementos de los que se compone tal derecho. Además, se vincula a la biodiversidad con los derechos de la naturaleza y los derechos colectivos, pues en el art. 5 se indica que se debe conservar, manejar sosteniblemente y recuperar la biodiversidad con respeto a los derechos de la naturaleza y a los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

En el ejercicio de ampliar los preceptos constitucionales sobre la biodiversidad, el código también desarrolla la figura jurídica del interés público: en el art. 7 se lo enlaza con el concepto de deberes, tanto del Estado como de todas las personas, nacionalidades, pueblos y colectivos. En ese sentido, se entiende que cuando algo es de interés público, genera deberes comunes al Estado y las personas en general; en el caso específico de la biodiversidad, los deberes de su protección, conservación y restauración.

Hasta el momento podemos decir que, de la biodiversidad como recurso estratégico, de interés público y elemento del derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, se desprende el deber común del Estado y las personas de conservar la biodiversidad. Así, dentro del libro segundo del CODA, que se denomina “Del patrimonio natural”, el título I se dedica a desarrollar la conservación de la biodiversidad en general, y los títulos II y III, a desarrollar la conservación *in situ* y *ex situ*, respectivamente. Con ello, se comprende que la biodiversidad es parte del patrimonio natural de Ecuador.

En materia de áreas protegidas, en el art. 38 del CODA se las reconoce como la estrategia fundamental para la conservación de la biodiversidad *in situ*. También, se permite a la autoridad ambiental (ministerio subordinado al Ministerio de Sectores Estratégicos) “redelimitarlas o cambiarlas de categoría bajo consideraciones técnicas, según corresponda”.⁴⁷ Esto claramente debilita la estrategia de conservación, pero, además, altera el concepto de integralidad de la naturaleza de las áreas protegidas, pues su constitución en tanto ecosistema puede cambiar de acuerdo a los intereses del Estado.

La visión de la naturaleza, por su parte, es externa. En el CODA se resolvió la contradicción de conceptos entre naturaleza occidental y amerindia y se apostó a tratarla como el paisaje deshabitado propio de la primera de estas visiones. También, se mantiene y detalla la estrategia de áreas protegidas, pero aparece el concepto de “paisaje natural”. Este va a ser consistente en varios artículos del CODA, al momento de determinar las herramientas de conservación: las frases “proteger las bellezas escénicas y paisajísticas”, “los paisajes terrestres, marinos y marino-costeros”, “la funcionalidad de los paisajes”, “la fragmentación del paisaje”, “recursos paisajísticos” y “el impacto al paisaje” aparecen de manera reiterada. Incluso hay un capítulo, el cuarto del título II, que se refiere a la “gestión sostenible de paisajes naturales y seminaturales”.

De esta manera, la idea central en materia de biodiversidad en la normativa ambiental secundaria es conservar la biodiversidad, los servicios ecosistémicos y el paisaje. El CODA adoptó una tendencia regresiva con relación a la biodiversidad, a pesar de que la progresividad es un principio recogido en el art. 11, num. 8, de la Constitución y reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Protocolo de San Salvador de la OEA.

Estas inconsistencias entre lo constitucional y lo legal, así como los vacíos del término *biodiversidad* en el plano normativo, traen consigo riesgos o amenazas que recaen directamente sobre la biodiversidad y su relación armónica con el ser humano. Por ejemplo, dan cabida a prácticas de la modernidad como la bioprospección, camino para la privatización de los genes. Asimismo, impulsan la apropiación de especies de plantas, animales y sus principios activos, a través del acto de pa-

47 *Ibid.*, art. 37.

tentar conocimientos asociados. De igual manera, facilitan la construcción de una figura de mercado de los servicios ambientales, tema actual y de trascendencia en Ecuador, que formará parte de la consulta popular para las elecciones seccionales de febrero de 2023.

Propuesta de abordaje del término “biodiversidad”

El abordaje del término *biodiversidad* debe realizarse en conjunción y estricta relación con los derechos colectivos y de la naturaleza. Es decir, requiere trabajar en el desarrollo de la biodiversidad como un todo no fragmentado: como naturaleza, territorio, espacio vital inseparable de las culturas, sistema alimentario, medio de vida de las comunidades que la cuidan, verdadera asamblea de deliberación de otras especies que hacen el mundo.

Para ello, se debe partir de reconocer a la biodiversidad como el resultado del trabajo cuidadoso de los pueblos por crear “paisajes cultivados”, en lugar de percibirla como algo dado al ser humano, como recursos de extracción que siempre estuvieron ahí tal cual los conocemos en la actualidad. En tal sentido, en las declaraciones de pueblos indígenas y en la declaración de los derechos de los campesinos encontramos pautas de abordaje de la biodiversidad; por ejemplo, el reconocimiento de la importancia de su protección para la vida de los pueblos, pero además el aporte de los pueblos en su construcción.

En esa misma línea de pensamiento, la biodiversidad debe ser abordada multidisciplinariamente, desde visiones biológicas, sociológicas y pedagógicas, entre otras. Desde la biología, se incluyen temas centrales como su fragilidad, su endemismo, el desconocimiento de gran parte del patrimonio genético del ecosistema y la función de esa biodiversidad para el ecosistema y los ecosistemas frontera. Con relación a lo pedagógico, cabe considerar la oportunidad de descolonizar nuestro pensamiento de dominancia y apropiación de la biodiversidad y, por qué no, contribuir a superar temáticas trascendentales como el racismo. Asimismo, se debe abordar desde la sociología la estrecha relación entre biodiversidad, soberanía alimentaria y salud, y a través del valor pedagógico, trascender visiones y valores utilitarios puestos en la biodiversidad, para recuperar la capacidad de fascinación.

Dentro del campo del derecho, a través del desarrollo del principio de precaución como obligación de no hacer (es decir, de respeto), también se han dado pautas para un abordaje de la biodiversidad en la misma línea. Por ejemplo, en la sentencia del caso Los Cedros⁴⁸ se vinculan temas trascendentales como el riesgo; la incertidumbre; las medidas protectoras, oportunas y eficientes; la precaución frente al riesgo de extinción de especies; la destrucción o grave disrupción de ecosistemas; la preservación de cuencas hidrográficas y su condición de área de interés para la investigación científica, ambiental y forestal; y la incertidumbre como criterio para trabajar justamente el desconocimiento en torno a los niveles de biodiversidad aún desconocidos. La Corte Constitucional tiene un rol importante en el desarrollo de la biodiversidad, ya que puede influir en propuestas para un mejor abordaje, más conforme con los derechos de la naturaleza y con los derechos colectivos.

Por otra parte, a nivel constitucional, al reconocer a la biodiversidad como patrimonio estratégico del Estado, de interés público e interés nacional, se otorga a los Gobiernos de turno el poder de realizar concesiones u ofrecer autorizaciones que debiliten la percepción de la biodiversidad y entorpezcan su protección. En esa línea, un abordaje de la biodiversidad que realmente reconozca su importancia bajo el paradigma de los derechos de la naturaleza y los derechos colectivos debe profundizar en los alcances y sistemas de interpretación del interés público. Por ello, se contempla limitar la potestad estatal de disponer tan libremente de la biodiversidad, de modo que se blinde la posibilidad de servirse del interés nacional o del interés público según la utilidad y beneficio de los intereses coyunturales de cada Gobierno. Caso contrario, el concepto de utilidad pública se transforma en utilidad privada y despojo público.

Finalmente, desde el punto de vista epistémico, es indispensable superar la visión utilitarista de la biodiversidad y sus componentes, y mantener un enfoque de derechos. En el plano normativo, se deben abordar obligaciones de respeto, protección y garantía. Entre las obligaciones de respeto, se requiere reforzar las acciones de no hacer por parte del Estado, para evitar poner en riesgo la biodiversidad; entre las obligaciones de protección, establecer los instrumentos y análisis para identificar las vulneraciones a la biodiversidad y, por ejemplo, desarrollar con mayor profundidad

48 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia: Revisión de garantías”, Caso n.º 1149-19-JP/20, 10 de noviembre de 2021, 31, <https://bit.ly/3VBrNab>.

el principio de precaución; y, finalmente, entre las obligaciones de garantía, la propuesta es mantener en análisis constante la biodiversidad agrícola y silvestre, fundamentales para la vida de las generaciones presentes y futuras.

Conclusiones

A lo largo del presente análisis, se cumplió con el objetivo de analizar la hermenéutica del término *biodiversidad* según la actual Constitución de la República del Ecuador. Se examinaron las contradicciones y armonías entre el abordaje de la biodiversidad según el paradigma de los derechos de la naturaleza y los derechos colectivos. Más adelante, se revisó críticamente el desarrollo de la biodiversidad a través de la normativa secundaria, señalando los efectos e implicaciones, las inconsistencias y vacíos del término *biodiversidad*. Finalmente, se realizó un esfuerzo por posicionar algunas propuestas para su mejor abordaje, con perspectiva de derechos de la naturaleza y de pluralismo jurídico.

En este artículo, se analizó el concepto de biodiversidad desde dos fuentes del derecho: por una parte, según la actual Constitución de Ecuador, que la define como recurso estratégico, de interés público; por otra, según el Convenio de Diversidad Biológica, que la entiende como una amalgama de genes, especies y ecosistemas que pueden ser regulados por separado.

Asimismo, a lo largo del análisis se identificaron tres tendencias en materia de biodiversidad, que se expresan en las políticas y normativas ecuatorianas, en sintonía con la normativa internacional. En primer lugar, se ve a la biodiversidad como argumento para la conservación de áreas especiales y de “muestras” de los diversos ecosistemas, y para la delimitación de espacios denominados “áreas protegidas”. En segundo lugar, la biodiversidad forma parte de un aparato tecnocientífico para la búsqueda de principios activos, elementos útiles para la industria o incluso armas biológicas; aquí entran en juego las regulaciones en materia de biotecnología y experimentación científica. En tercer lugar, la biodiversidad se incluye en un aparato de mercantilización de la naturaleza y sus funciones a través de los “servicios ambientales” que se le reconocen.

La normativa ambiental secundaria no tuvo éxito al desarrollar los preceptos constitucionales relativos a la biodiversidad. Del texto normativo se desprende una serie de términos que denotan una interpretación de la biodiversidad como recurso

“aprovechable”, sin incluir el enfoque del Sumak Kawsay como modelo de desarrollo, ni tampoco una visión armónica e intercultural que garantice los derechos de la naturaleza y el pluralismo jurídico. Esta falta de definiciones claras puede derivar en vulneraciones, al mirar la biodiversidad solo en su parte utilitaria y trastocar el concepto de una naturaleza con derechos. Asimismo, puede restar efectividad a las garantías para la biodiversidad, que derivan de los derechos de la naturaleza, y frustrar el ejercicio de acciones constitucionales para su legítima protección.

Entonces, la normativa secundaria analizada no incorpora la perspectiva intercultural prevista en la Constitución de la República del Ecuador, relacionada con la biodiversidad a través de los derechos de la naturaleza o el Sumak Kawsay. Además, termina siendo regresiva en materia de valoración de la biodiversidad al reafirmar el enfoque de recursos aprovechables y apuntar a la mercantilización de la naturaleza. También se desconocen los derechos de los pueblos a su biodiversidad, tema particularmente importante en el contexto global, debido a que podrían limitar la mercantilización de la naturaleza.

Referencias

- Arráez, Morella, Josefina Calles y Liuval Moreno de Tovar. “La hermenéutica: Una actividad interpretativa”. *Sapiens. Revista Universitaria de Investigación* 7, n.º 2 (2006): 171-81. <https://bit.ly/2XSFYuy>.
- Arteta, Cristóbal. *Hermenéutica, pedagogía y praxeología*. Barranquilla, CO: Universidad Libre Seccional Barranquilla, 2017.
- Barney, Gerald, ed. *The Global 2000 Report to the President, vol. 2: The Technical Report*. Washington DC: US Government Printing Office, 1980.
- Council on Environmental Quality. *Environmental Quality: The Eleventh Annual Report of the Council on Environmental Quality*. Washington DC: Council on Environmental Quality, 1980.
- Cruz, Edwin. “Del derecho ambiental a los derechos de la naturaleza: Sobre la necesidad del diálogo intercultural”. *Jurídicas* 11, n.º 1 (2014): 95-116. <https://bit.ly/3U8Jlt3>.
- De la Cruz, Rodrigo. “Conocimiento tradicional y plantas útiles en el Ecuador: Valoración, protección y legislación”. En *Conocimiento tradicional y plantas útiles del Ecuador: Saberes y prácticas*, de Montserrat Ríos, Rodrigo de la Cruz y Arturo Mora, 31-48. Quito: IEPI / Fundación Pachamama / Universidad Politécnica Salesiana / Abya-Yala, 2008.
- Ecuador. *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*. Registro Oficial 899, Suplemento, 9 de diciembre de 2016.
- . *Código Orgánico del Ambiente*. Registro Oficial Suplemento 983, 12 de abril de 2017.

- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia: Revisión de garantías”. Caso n.º 1149-19-JP/20, 10 de noviembre de 2021. <https://bit.ly/3VBrNab>.
- Ferreti, Degmar. “La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: Aportaciones al desarrollo de un sistema sui generis”. Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, España, 2011. <https://bit.ly/3VPOLV1>.
- Klier, Gabriela. “La biología de la conservación: Entre hegemónicas y fugas”. *Ecología Política* 58 (2019): 75-8. <https://bit.ly/3U82taN>.
- Noss, Reed. “Indicators for Monitoring Biodiversity: A Hierarchical Approach”. *Conservation Biology* 4, n.º 4 (1990): 355-64. <https://bit.ly/3Xw70Xp>.
- Núñez, Irama, Édgar González y Ana Barahona. “La biodiversidad: Historia y contexto de un concepto”. *Interciencia* 28, n.º 7 (2003): 387-93. <https://bit.ly/3ic3Wj8>.
- ONU. *Convenio sobre la Diversidad Biológica*. 1992. <https://bit.ly/3u9wxs1>.
- . *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*. Nueva York: ONU, 1973.
- Posey, Darrell, y Graham Dutfield. *Más allá de la propiedad intelectual*. Montevideo: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo / Nordan-Comunidad / Fondo Mundial para la Naturaleza, 1996.
- Reyes, Yenán. “Protección jurídica de saberes ancestrales vinculados a la biodiversidad del Ecuador en el marco normativo vigente”. Tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2017. <https://bit.ly/3AQnxMi>.
- Ruiz, Mónica. “Saberes ancestrales y el componente intangible asociado”. *Revista Ruptura* 56 (2012): 489-512. <https://bit.ly/3GRutMI>.
- Toledo, Víctor. “La diversidad biológica de México: Nuevos retos para la investigación de los noventa”. *Ciencias* 34 (1994): 43-57. <https://bit.ly/3EJYQSS>.

Los derechos de la naturaleza desde una perspectiva intercultural en las Altas Cortes de Ecuador, la India y Colombia, de Adriana Rodríguez Caguana y Viviana Morales

<https://doi.org/10.32719/29536782.2022.2.6>

Este libro de Huaponi Ediciones y la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E), escrito con lenguaje claro, dedicación académica y pasión por la protección de la naturaleza y la diversidad cultural, aporta académicamente debido a su oportunidad, su aplicación de los derechos de la naturaleza a experiencias de ecosistemas concretos, su talante comparativo y crítico enraizado en el diálogo Sur-Sur, y su franca ruptura con cualquier formalismo jurídico mediante una adecuada integración interdisciplinaria.

Trataré de aportar algunas ideas que evidencian por qué se pueden hacer tales afirmaciones respecto a esta obra.

1. Es un libro oportuno. El libro de Adriana Rodríguez Caguana y Viviana Morales aparece en un momento en el que la Corte Constitucional ha realizado un esfuerzo importante de desarrollo jurisprudencial de los derechos de la naturaleza. Ha buscado precisar los derechos de ecosistemas concretos como bosques, ríos y manglares, así como de los animales silvestres. También ha intentado definir el alcance de distintos principios de los derechos de la naturaleza, así como explorar las relaciones entre estos y los derechos humanos al agua, a la cultura, al medio ambiente sano y a la ciudad. Por supuesto estos desarrollos jurisprudenciales vienen de la mano de iniciativas de la sociedad civil, de acciones constitucionales de organizaciones ecologistas, de indígenas, de campesinos, que han luchado largamente y han debido plantear sus argumentaciones jurídicas para que la Corte las valore en el marco del Estado de derecho.

Los derechos de la naturaleza... proporciona conceptos y experiencias para entender mejor

estos desarrollos jurisprudenciales, pues expone con claridad en su primer capítulo los alcances y la dimensión intercultural e interdisciplinaria de los derechos de la naturaleza. Para hacerlo, las autoras recorren la literatura específica más importante, comenzando por el ecologismo profundo, pasando por los derechos bioculturales, para llegar a los actuales enfoques sobre la interculturalidad y la naturaleza.

En definitiva, es un libro muy valioso para entender el actual momento de desarrollo de los derechos de la naturaleza.

2. Es también un libro sobre experiencias.

La crítica frecuente a los derechos de la naturaleza es su inaplicabilidad, su carácter más bien retórico. Este libro ayuda a reconocer que es mucho lo que falta por andar, pero también muestra, con experiencias concretas en la jurisprudencia constitucional de tres países —Ecuador, la India y Colombia— que se ha caminado un trecho importante e interesante. De esta forma, el lector puede viajar en el tiempo y el espacio para observar a los derechos de la naturaleza en acción.

En el capítulo dos, el análisis de los derechos de los animales en la India —particularmente aquellos a los que se considera sagrados— muestra cómo la jurisprudencia de la corte suprema de ese país ha debido tomar en cuenta las sensibilidades, los mitos y los valores de hindúes y musulmanes para hallar soluciones equilibradas. Estas soluciones han buscado atender tanto a las diferencias culturales y religiosas como a las necesidades económicas, especialmente agrícolas y ganaderas, del país.

El capítulo tres nos trae otra experiencia y otro tipo de ecosistemas: los manglares. Como

los define el libro, los manglares son lugares de encuentro del mar y la tierra, espacios de intensa biodiversidad y con ciclos naturales a los que ciertas comunidades tradicionales han adaptado sus procesos económicos y culturales. Esas comunidades viven de la recolección de cangrejos, conchas y peces, entre otros, pero estas actividades productivas respetan y recrean la vida del manglar, a la que asimismo valoran y festejan. Del manglar, estas comunidades obtienen, además, madera para sus viviendas y medicinas tradicionales para el cuidado de su salud. En definitiva, el libro muestra cómo los derechos colectivos de estas comunidades y los derechos del manglar pueden y deben complementarse.

El capítulo cuatro aborda otro ecosistema que ilustra muy bien los derechos de la naturaleza: los ríos. En efecto, en torno a los ríos los seres humanos hemos no solo desarrollado por milenios actividades económicas fundamentales, sino también desplegado diversas y ricas civilizaciones y culturas. Siendo ecosistemas tan importantes y complejos, no es extraño que mucha de la jurisprudencia sobre derechos de la naturaleza a nivel comparado y de la jurisprudencia reciente en Ecuador se refiera a ríos y lagos. El libro parte acertadamente de este hecho para hacer un examen detenido y crítico, especialmente de la sentencia constitucional sobre el río Atrato en Colombia y los ríos Ganges y Yamuna en la India.

En esta misma línea, tan interesante, de análisis de derechos de ecosistemas concretos, se abordan en el capítulo quinto los derechos de los páramos de Santurbán, Pisba y Quimsacocha y de los glaciares de la India.

3. Es un libro comparativo de diálogo Sur-Sur. En la UASB-E, los derechos de la naturaleza vienen siendo estudiados como una experiencia comparada. El proyecto OPTIN con la Comunidad Europea sobre Derechos de la Naturaleza, del cual la UASB-E formó parte, involucró a juristas latinoamericanos y europeos que han venido dialogando para dar un trasfondo comparado a sus investigaciones.

Pero el derecho comparado no es la sola suma de descripciones de sistemas legales nacionales o de experiencias legislativas o jurisprudenciales de diversos países. Es necesario identificar ciertas instituciones, ciertos parámetros comunes y ciertos problemas de investigación que luego son objeto de reflexión a la luz de las diversas experiencias nacionales.

El libro que comentamos tiene un desarrollo en ese sentido. Así, por ejemplo, la preocupación sobre la interculturalidad está presente en los estudios de todos los casos. De esta forma, cada análisis, por sí mismo y por contraste con los otros, aporta a la reflexión teórica sobre las relaciones entre derechos de la naturaleza e interculturalidad.

Esta obra constituye, entonces, un ejercicio de derecho comparado que incluso se vuelve explícito desde el capítulo cuarto. En efecto, a partir de allí hay análisis comparativos de los derechos de los ríos en Colombia, Nueva Zelanda, la India y Ecuador. También el capítulo cinco compara los derechos de los páramos en Colombia, Ecuador y la India. Y el libro cierra con conclusiones, cuadros y un epílogo escrito por Silvina Ramírez que se ubican en este fructífero esfuerzo comparativo.

Hay que decir que esta dimensión comparativa enriquece la novedad de la obra. No es muy común que en nuestro medio se ponga a Ecuador en perspectiva comparada. El derecho comparado en Ecuador casi no tiene desarrollo, pero esta obra asume el reto, supera la mera descripción de las legislaciones de otros países y entra a comparar derechos de ecosistemas en sistemas jurídicos diversos que comparten pasados de subordinación colonial, diversidad y complejidad cultural.

4. Se trata de una obra interdisciplinaria.

Como se dijo anteriormente, los derechos de la naturaleza no solo son interculturales, sino que, por la misma razón y por otras, son también interdisciplinarios. La obra corresponde también a este canon inherente a los derechos de la naturaleza. A lo largo del libro se articulan a lo jurídico conocimientos provenientes de la filosofía y la ética, los estudios culturales, la geografía y la ecología. Incluso el análisis de la jurisprudencia no se limita a su descripción o crítica directa, sino que recurre a información utilizada por ella, como en el activo diálogo en que, por ejemplo, entra el libro con el peritaje antropológico usado para la sentencia del caso Verdum sobre los manglares. De esta forma, las investigaciones que integran el libro enriquecen la perspectiva de lo jurídico, al evitar aislarlo y caer en el formalismo. El enfoque interdisciplinario ayuda a entender el funcionamiento y la riqueza de estos diversos ecosistemas, y por tanto a valorar y comprender sus derechos.

Por el momento en que se realizaron algunas de las investigaciones que componen el

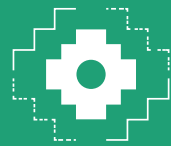
libro, los lectores podemos esperar una segunda edición que ofrezca continuidad al análisis y dé cuenta de procesos constitucionales más recientes. La necesidad de incluir estos nuevos procesos, por supuesto, no es responsabilidad de las autoras, sino que depende del tiempo y de los procesos jurisdiccionales. Sin embargo, el libro desarrolla con bastante pertinencia una perspectiva temporal, una presentación en se-

cuencia lógica y cronológica de la jurisprudencia analizada. Todo ello ayuda a entender los avances jurisprudenciales más recientes y los que esperamos vendrán en el futuro sobre los derechos de la naturaleza.

Agustín Grijalva Jiménez

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

agustin.grijalva@uasb.edu.ec



Andares

REVISTA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA NATURALEZA

La reserva de ley y la seguridad jurídica como mecanismos para tutelar los derechos de la naturaleza: Un estudio de las sentencias n.º 32-17-IN/21 y n.º 22-18-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador

Lena Koehn

El riesgo en comunidades expuestas a proyectos de desarrollo de gran escala: Propuesta de un modelo para entenderlo, mapearlo y transformarlo

Diana Milena Murcia

The Dilemmas of Silence: Evidence, Indigenous Traditional Knowledge and Secrecy in Four Cases Involving Indigenous Peoples in Cultural and Territorial Isolation

Nina Valerie Kolowratnik

El pluralismo jurídico como aporte a la construcción de respeto y observancia a los derechos de la naturaleza en Ecuador

Oscar Mauricio Sánchez Nivicela

La hermenéutica del término *biodiversidad* en la Constitución de Ecuador

Juan Sebastián Acosta, Esperanza Martínez Yáñez y Nathaly Padilla Velasco



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador