

Naturaleza, ecosistemas y acceso a la justicia: Estudio del caso Bosque de Hambach - Alemania

By *María José Narváez Álvarez**

Resumen: La autora propone un ejercicio metodológico de transferencia de conceptos, normas y principios creados en el sistema jurídico ecuatoriano - que reconoce a la Naturaleza como sujeto de Derechos, y del derecho a acceder a la justicia en particular - a los hechos que ameritaron la expedición de la sentencia No. 14 K 4496/18, expedida por el Tribunal Administrativo de Colonia – Alemania el 12 de marzo de 2019, a propósito de la acción presentada por la ONG BUND NRW eV en contra del Gobierno Distrital de Arnsberg, por la cesión forzosa de un terreno de su propiedad ubicado en el bosque de Hambach, dentro del área minera concesionada a la compañía RWE Power AG para la extracción de lignito, en la cual el juzgador resuelve a favor de la empresa minera. La autora busca perfilar criterios de análisis que habrían derivado en una sentencia favorable para la vigencia de los Derechos de la Naturaleza si el caso hubiera sido resuelto en jurisdicción ecuatoriana.

Abstract: The author proposes a methodological exercise of transfer of concepts, norms and principles created in the Ecuadorian legal system - which recognizes Nature as a subject of Rights, and of the right to access justice in particular - to the facts that merited the issuance of judgment No. 14 K 4496/18, issued by the Administrative Court of Cologne - Germany on March 12, 2019, regarding the action filed by the NGO BUND NRW eV against the District Government of Arnsberg, for the forced transfer of a piece of land of his property located in the Hambach forest, within the mining area concessioned to the company RWE Power AG for the extraction of lignite, in which the judge decides in favor of the mining company. The author seeks to outline analytical criteria that would have resulted in a favorable ruling for the validity of the Rights of Nature if the case had been resolved in Ecuadorian jurisdiction.

* Abogada, Magíster en Derecho Administrativo y PhD (c) en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, Docente a tiempo completo del Instituto de Altos Estudios Nacionales – IAEN - Ecuador, maria.narvaez@iaen.edu.ec, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0016-287>. Este artículo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación "La Naturaleza como sujeto de Derechos (Die Natur als Rechtsperson)" financiado por la Comunidad Alemana de Investigación (DFG por sus siglas en alemán), en cooperación entre la Universität Bremen de Alemania y el Instituto de Altos Estudios Nacionales de Ecuador (IAEN).

A. Introducción

La edad moderna estuvo marcada por las brechas que generó el re-modelamiento del mundo desde la visión de la emergente burguesía¹, en el cual la libertad y la propiedad resultaron ser derechos funcionales al modelo económico hegemónico, que a partir de la reivindicación de la subjetividad garantizó la estabilidad de las relaciones jurídicas derivadas de las relaciones comerciales y de producción. La naturaleza y todos sus elementos aparecen como el objeto de las relaciones jurídico-comerciales, dotados de un valor de ficción denominado 'valor de mercado' y despojados del valor que les es inherente, el 'valor de uso'.²

En ese tiempo, los filósofos racionalistas dedicaron su empeño por superar las categorías del 'individuo' y la 'persona' heredadas de la filosofía aristotélica y escolástica,³ para potenciar la noción del 'ente cognoscente'.⁴ Este ente cognoscente se caracteriza por su subjetividad racional⁵ que lo distingue como fin en sí mismo en contraposición de los objetos, y con ello se radica el dualismo antropológico⁶, quedando cimentada una de las tantas oposiciones binarias propias de esta época: sujeto-objeto, materia-idea, cuerpo-mente, natural – creado, existencia – inexistencia, duda – certeza, ingénito – creado⁷, que generó una comprensión dicotómica de la realidad que trasciende en la filosofía jurídica, connotando que todo lo que existe es objeto de dominio por parte del ser humano, y de esta manera, legitima su hegemonía y capacidad de disposición de la naturaleza, que es conceptualizada como objeto y mercancía, y por tanto una categoría que, por definición, no tiene derechos. Este es, para el derecho moderno, el punto de partida del sujeto jurídico.

La noción de sujeto es asumida en los ordenamientos jurídicos occidentales, con más o menos coincidencia, como el ser humano con capacidad para adquirir y ejercer derechos, para contraer y cumplir obligaciones, y responder de sus actos dañosos y delictivos,⁸ como un ente capaz de tener (de ser titular), facultades y deberes jurídicos.⁹ De esto deviene que

1 *Christoph Helferich*, *Geschichte der Philosophie*, Stuttgart 2001, pp. 158-292.

2 *Eduardo Gudynas*, *Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*, Quito 2016, pp. 44-52; *Enrique Leff*, *Saber ambiental. Sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*, México D.F. 2002, pp. 39-14; *Iván Narváez*, *Estado y gobernanza ambiental. Paradigmas alternativos*, en: Manuel Alberto Restrepo (ed.), *Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz*, Bogotá D.C. 2020, p. 166; *Ramiro Ávila*, *La utopía del oprimido*, México D.F. 2019, pp. 192-195.

3 *Jaume Xiol*, *Descartes, un filósofo más allá de toda duda*, Barcelona 2015, pp. 126-130.

4 *José Nava Bedolla*, *El problema del conocimiento humano. Los supuestos filosóficos con los que se pretende resolver*, *Ixtli Revista Latinoamericana de Filosofía de la Educación* 4 (2017), pp. 168-169; *Xiol*, nota 4, p. 110.

5 *Helferich*, nota 2, p. 158-159.

6 *Xiol*, nota 4, pp. 1120-122.

7 *Enrique Leff*, *Las relaciones de poder del conocimiento en el campo de la ecología política*, *Ambiente & Sociedad* XX (2017), p. 229.

8 *Guillermo Cabanellas*, *Diccionario de Derecho Usual*, Buenos Aires 1968, p. 286.

9 *Marco Monroy Cabra*, *Introducción al Derecho*, Bogotá 2003, p. 328.

todo individuo de la especie humana tiene la capacidad de poder llegar a ser sujeto de derechos, pero no todos tienen la aptitud legal para usar del derecho o ponerlo en práctica, por lo que necesitan el ministerio o autorización de otra persona.¹⁰

De lo expuesto, se derivan dos cuestiones: a) el derecho positivo es una ficción de relevancia práctica, y como tal, puede cambiar ampliando o reduciendo su contenido y ámbito de aplicación. Es una ficción dinámica; su carácter instrumental puede responder a los cambios sociales o promoverlos, y puede reconocer lo que en un momento dado era un objeto, como un sujeto, tal es el caso de los esclavos, por ejemplo; y, b) el Estado es la ficción que institucionaliza las demás ficciones y las constituye en legítimas o ilegítimas, a través de la ley; a manera de muestra, todos los derechos vinculados al uso de internet han sido objeto de regulación en los códigos y leyes actuales, pero eran inconcebibles en el siglo XVIII.

En el año 2008, Ecuador inserta al mundo jurídico positivo un cambio paradigmático, al reconocer en su norma fundamental a la Naturaleza como un neo-sujeto de derechos, distinto a las personas naturales y jurídicas.¹¹ Este cambio responde a la crisis ambiental - más visible en el Antropoceno - y a la insuficiencia del Derecho Ambiental para tutelar el ambiente y, colateralmente, los derechos humanos bioconexos, como la salud, la vida, la integridad y la cultura, de aquellos impactos negativos provocados por la actividad productiva e industrial, dado que el Derecho Ambiental emergió como una solución autopoyética a las manifestaciones de la crisis ambiental, promovida por el sistema económico liberal capitalista para perpetuarse y garantizar el orden establecido.

En este contexto, el reconocimiento expreso de derechos a sujetos no-humanos, implica una transformación profunda en las categorías axiológicas del sistema jurídico, en tanto la Naturaleza se considera como un ente con valor propio e intrínseco, con autonomía respecto a los seres humanos y sus intereses.

El presente artículo es un estudio de caso que parte de los hechos de la sentencia No. 14 K 4496/18, expedida por el Tribunal Administrativo de Colonia – Alemania, el 12 de marzo de 2019, que resuelve la acción presentada por la ONG BUND NRW eV en contra del Gobierno Distrital de Arnsberg, por la cesión forzosa de un terreno de su propiedad ubicado en el bosque de Hambach, dentro del área minera concesionada a la compañía RWE Power AG para la extracción de lignito, y proyecta los criterios de análisis que habrían sido considerados por el juzgador si este caso hubiera sido resuelto en jurisdicción ecuatoriana teniendo a la Naturaleza como parte procesal, recurriendo a los conceptos, normas y principios que nutren los Derechos de la Naturaleza y que se han ido generando a partir del reconocimiento de la Naturaleza como un sujeto de Derecho.

10 *Luis Claro Solar*, Explicaciones de derecho civil chileno y comparado Tomo XIV, Santiago de Chile 1941, p. 251.

11 Anteriormente ya existían iniciativas de promover derechos a favor de los entes animados no-humanos. Ver: *William O. Douglas*, Voto disidente en Sentencia caso Sierra Club vs. Morton, 405 Estados Unidos 727 (1972); *Luc Ferry*, La ecología profunda, Revista Vuelta 192 (1992), pp. 31-43.

El objetivo de esta metodología adaptada a partir del esquema de análisis jurisprudencial que autores como Christian Courtis denominan *sentencia ferenda*,¹² y del derecho prospectivo referido por Rubén Jaime Flores,¹³ es verificar si esta transferencia conceptual, normativa y principalista propia de los Derechos de la Naturaleza habría derivado en una decisión judicial distinta a la que se obtuvo en el caso de origen alemán, en donde estos derechos no han sido reconocidos.

B. El acceso de la Naturaleza a los órganos de justicia

El acceso a la justicia es una garantía del Derecho al debido proceso y ha sido mayormente estructurado a partir de las teorías de los derechos humanos, bajo la consideración de que, si una víctima no tiene derecho de acceder a los órganos de justicia, tampoco puede ejercitar sus derechos ni obtener reparación de los daños y perjuicios sufridos.

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, expidió la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la cual expresamente prevé que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley. Con esta Declaración, el derecho de acceso a la justicia se elevó a rango de derecho fundamental de primer orden, cuya regulación ha ameritado un detalle técnico minucioso por parte de los Estados y de los organismos internacionales, a fin de dotarle de un contenido que se concrete en acciones específicas de garantía.

Así, el acceso a la justicia puede ser analizado como parte de una política pública que compromete a los Estados y a cada uno de sus órganos, a brindar condiciones adecuadas a los ciudadanos para que puedan ejercer y reclamar sus derechos, y no únicamente como un problema que atañe al Poder Judicial; en este sentido, tanto la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos contienen normas que regulan el acceso judicial¹⁴ y sus respectivas cortes, esto es, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, han establecido estándares que nutren el contenido del acceso a la justicia, a través de sus sentencias.¹⁵

En las décadas de 1970 a 1990, las protestas sociales lideradas por Organizaciones No Gubernamentales ambientalistas se fueron incrementando, así como el número de causas administrativas y judiciales que no siempre tuvieron un desenlace favorable para el am-

- 12 Christian Courtis, El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática, en: Christian Courtis (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid 2006, pp. 131-135.
- 13 Rubén Jaime Flores, Derechos humanos, litigación y derecho prospectivo, *Revista Derechos fundamentales a debate* 3 (2017), pp. 53-56.
- 14 Convención Americana de Derechos Humanos (1969), artículo 8, 6; Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).
- 15 Ver los casos *Airey vs. Irlanda* (1979), *Caso Ártico vs. Italia* (1980), *Caso Fernández Ortega y otros vs. México* (2010), *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México* (2010).

biente¹⁶. El ‘Informe Brundtland’ de 1987, abrió el debate sobre la degradación ambiental mundial; las cuestiones sociales, políticas y económicas que la propician; y la necesidad de que los Estados tomen parte en las soluciones.

En este contexto, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo proclama la Declaración de Río/92, que promueve el derecho de acceso a la justicia, eminentemente humano, para temas vinculados a daños al medio ambiente, en cuyo principio 10 prevé la obligación de los Estados de proporcionar a los ciudadanos (vistos como sujetos de derecho) el acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos que les permitan lograr el resarcimiento de los daños y los recursos pertinentes.¹⁷ Ecuador suscribió la Declaración el 22 de junio de 2012, cabe enfatizar que Alemania no lo hizo.

La Declaración de Río/92 corresponde al *soft law*, que no constituye reglas de aplicación controlada, sin embargo, a cuenta de la misma, los Estados iniciaron la tarea de enverdecer sus legislaciones internas, algunos con más eficiencia que otros, aún si no estaban adheridos a la Declaración. En Ecuador, la Ley de Gestión Ambiental (2004)¹⁸ reguló el acceso a la justicia en temas ambientales en dos niveles.

Tabla 1

| Pretensión | Sujeto activo | Acción posible | Titularidad de derechos |
|--|--|------------------------------------|--|
| Protección de los derechos ambientales individuales o colectivos | Personas naturales, jurídicas o grupo humano | -Denunciar -Ser escuchada | No requiere derecho subjetivo violentado |
| Reparación por daños y perjuicios, y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos | Personas naturales, jurídicas o grupo humano | -Demandar -Recibir reparaciones | Si requiere derecho subjetivo violentado |

En el año 2017 Ecuador expide el Código Orgánico del Ambiente que deroga a la Ley de Gestión Ambiental, pero conserva las reglas de acceso a la justicia en materia ambiental:

Art. 9.- Principios ambientales. [...] Los principios ambientales deberán ser reconocidos e incorporados en toda manifestación de la administración pública, así como en las providencias judiciales en el ámbito jurisdiccional. Estos principios son:

6. Acceso a la información, participación y justicia en materia ambiental. Toda persona, comuna, comunidad, pueblo, nacionalidad y colectivo, de conformidad con la ley, [...] tienen derecho a ejercer las acciones legales y acudir a los órganos

16 Ver los antecedentes de la marcha del 22 de abril de 1970, convocada por el senador Gaylord Nelson, para exigir al Gobierno de los Estados Unidos, la creación de una agencia que se ocupara de la protección del medio ambiente.

17 Organización de Naciones Unidas, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro 1992.

18 Ley de Gestión Ambiental (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 418, 10 de septiembre de 2004.

judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva del ambiente, así como solicitar las medidas provisionales o cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental. Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar el ambiente será consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente, de conformidad con la ley.¹⁹

En la actualidad, diferentes cuerpos normativos locales de Ecuador se han adaptado para dar cabida a un acceso abierto a la justicia por temas ambientales, una suerte de “acciones populares”, que no necesariamente coinciden con garantizar el acceso de la Naturaleza a la justicia, en calidad de sujeto de Derechos y parte procesal, porque las pretensiones y los bienes jurídicos que se protegen en una u otra vía son distintos. Cabe indicar que, en cuanto al acceso a la justicia de la Naturaleza, la legislación ecuatoriana ha habilitado vías para que esta se constituya en parte procesal accionante, más no accionada²⁰, porque se comprende que la subjetivación²¹ de la naturaleza está restringida a la dotación y el ejercicio de derechos, más no la imposición de obligaciones.

Tabla 2

| Pretensión | Accionante | Agente dañoso | Autoridad competente | Vía procesal | Naturaleza es parte del proceso |
|---|---|---------------|---------------------------------|---|---------------------------------|
| Reparación de derechos ambientales (humanos) por daños ambientales | Cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, sin perjuicio de su interés directo. | Público | Juez Contencioso Administrativo | Acción Subjetiva | No |
| | | | Juez constitucional | Acción de protección | No |
| | | Privado | Juez civil | Acción por daños ambientales (inversión de la carga de la prueba) | No |
| | | | Juez constitucional | Acción de protección | No |
| Reparación patrimonial derivada de la existencia de un daño ambiental | Persona titular del derecho subjetivo. | Público | Juez Contencioso Administrativo | Acción Subjetiva | No |
| | | Privado | Juez civil | Acción civil por daños ambientales | No |

19 Código Orgánico del Ambiente (Ecuador) Registro Oficial Suplemento 983, 12 de abril de 2017.

20 Código Orgánico General de Procesos (Ecuador) Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015, Art. 38.- Representación de la naturaleza. La naturaleza podrá ser representada por cualquier persona natural o jurídica, colectividad o por el Defensor del Pueblo, quien además podrá actuar por iniciativa propia. La naturaleza no podrá ser demandada en juicio ni reconvenida. [...].

21 Félix Guattari, Las tres ecologías, Valencia 1996, pp. 21-27. Entiéndase por subjetivación al proceso a través del cual un ente se constituye en sujeto. La subjetivación designa un proceso y no una situación, o un estado, o un estatus o un principio del ser.

| Pretensión | Accionante | Agente dañoso | Autoridad competente | Vía procesal | Naturaleza es parte del proceso |
|--|---|---|--|---|---------------------------------|
| Sancionar un tipo penal de acción pública | La persona que llegue a conocer que se ha cometido un delito de ejercicio público de la acción. | Privado | Juez Penal | Acción pública | Si |
| Reconsideración del plan de remediación ambiental | La persona destinataria de los efectos jurídicos que emanan del acto administrativo. | Público* *La autoridad que aprueba el plan siempre es una autoridad administrativa (pública) | Autoridad administrativa ambiental/ Juez Contencioso Administrativo | Impugnación administrativa / Acción Subjetiva | No |
| Reparación de derechos de la naturaleza ²² | Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. | Público | Juez constitucional | Acción de protección | Si |
| | | Privado | | | Si |
| Cese de la actividad que vulnera los derechos de la naturaleza o adopción de medidas para evitar la afectación | Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. | Público | Juez constitucional | Medidas cautelares constitucionales | Si |
| | | Privado | | | Si |

Una cuestión que incluye el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para facilitar el acceso a la justicia por violaciones a los derechos de la Naturaleza, o, en general, para obtener tutela efectiva en materia ambiental, es que se estableció la inversión de la carga de la prueba, lo que significa que no son los accionantes los que deben demostrar la existencia de la afectación al derecho propio o de la Naturaleza, sino que son los demandados quienes deben acreditar en el proceso la inexistencia de la vulneración o del daño ambiental.

Con respecto a Alemania, el acceso judicial por temas ambientales tiene las restricciones propias que se derivan del sistema liberal de derechos subjetivos²³, sobre el que se

22 La acción de protección que se interpone para solicitar la reparación de los derechos de la naturaleza puede incluir la reivindicación de otros derechos, como el derecho a vivir en un ambiente sano, consulta previa, etc., pero al estar la Naturaleza presente, la competencia radica en los jueces constitucionales.

23 Ver Comisión Europea, Access to justice in environmental matters, <https://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/accesstojustice/en.pdf> (último acceso 10 de junio de 2021). Este documento recopila las características del acceso a la justicia en materia ambiental y evidencia que el ejercicio de este derecho está enlazado necesariamente a la existencia de un derecho subjetivo vulnerado.

ha modelado el régimen de tutelas, incluida la ambiental.²⁴ El Estado Alemán ha suscrito una cantidad significativa de instrumentos internacionales multinacionales, regionales, y los expedidos por la Unión Europea en materia de protección ambiental; la Federación y los Estados federales –Länder- han generado variada legislación para regular la calidad ambiental, el consumo, la adopción de medidas para contrarrestar el cambio climático, y las reparaciones por daños ambientales, tanto por iniciativa propia como por compromisos multinivel²⁵, y según se desprende del artículo 20a de la Constitución alemana, el Estado tiene la obligación de proteger los fundamentos naturales de la vida y los animales, en el marco del orden constitucional a través de la legislación, y de acuerdo con la ley y la justicia a través del poder ejecutivo y judicial.²⁶

No obstante, el ordenamiento jurídico alemán no contempla ninguna norma que garantice a los ciudadanos el derecho a vivir en un ambiente sano²⁷, y mucho menos el reconocimiento de derechos a la Naturaleza como sujeto jurídico²⁸, como sí ocurre en Ecuador,²⁹ lo que deriva en que el Estado alemán no ofrezca más medidas que faciliten el acceso a la justicia en materia ambiental que las previstas en el derecho común³⁰, que tradicionalmente se adhiere al sistema de la protección legal individual.³¹

El acceso a la justicia por temas ambientales generalmente se ejerce a través de las impugnaciones que los ciudadanos realizan en el ámbito administrativo, respecto a las decisiones estatales adoptadas en contravención al orden jurídico positivo establecido (Ley Federal de control de emisiones, Ley de recursos hídricos, entre otras), siempre y cuando

24 Rüdiger Nolte, § 7 Verwaltungsrechtsschutz im Umweltrecht, en: Winfried Kluth / Ulrich Smeddinck (eds.), Umweltrecht, Berlin 2020, p. 386.

25 Mónica Neumann, The Environmental Law System of the Federal Republic of Germany, Annual Survey of International & Comparative Law 3 (1996), pp. 78-81.

26 Ley fundamental de la República Federal de Alemania, <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html> (último acceso 12 de abril de 2021).

27 Elisa Muñoz, El medio ambiente como bien jurídico y derecho humano de tercera generación reconocido desde el imperio romano, Revista Delos Desarrollo Local Sostenible Vol.7 (2014), Lima, p. 100; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Sachstand zum Menschenrecht auf saubere und gesunde Umwelt, WD 2 - 3000 - 012/19, 26.2.2019; Rupert Scholz, Art. 20a en: Theodor Maunz / Günter Dürig (eds.), Grundgesetz, München 2020, pp. 32 – 34.

28 Andreas Hermann, Silvia Schütte, Gerechtigkeit im Umweltrecht, Alemania 2015, p. 28; Rupert Scholz, Art. 20a en: Theodor Maunz / Günter Dürig (eds.), Grundgesetz, München 2020, pp. 38 – 40.

29 Constitución de la República del Ecuador (Ecuador), Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, reformada el 21 de diciembre de 2015.

30 Comisión Europea, Access to justice in environmental matters, <https://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/accesstojustice/en.pdf> (último acceso 10 de junio de 2021).

31 Lothar Knopp, Alicia Epstein, Jan Hoffmann, International and European Environmental Law with reference to German environmental law, Berlin 2019, pp. 64-68; Rupert Scholz, Art. 20a en: Theodor Maunz / Günter Dürig (eds.), Grundgesetz, München 2020, p. 34.

acrediten que una decisión oficial viola sus derechos subjetivos³². Este es el caso, por ejemplo, si un proyecto para el que se ha concedido la aprobación administrativa afecta la propiedad o la salud de una persona,³³ lo que deriva, más bien, en un control judicial a la legalidad de las actuaciones administrativas.³⁴

Si a lo señalado se suma la ausencia del reconocimiento en el derecho positivo a vivir en un ambiente sano, y, de lo que en esta investigación se detecta, tampoco existe un régimen de inversión de la carga de la prueba en materia ambiental, se verá que el acceso a la justicia por afectaciones al ambiente es reducido. Lo más cercano a una acción popular en materia ambiental, está previsto en la Ley de recursos legales ambientales, que habilita a los colectivos y asociaciones de conservación del medio ambiente o la naturaleza, a interponer acciones frente a actuaciones u omisión administrativas,³⁵ alegando que les afecta en su ámbito estatutario de responsabilidad de promover las metas de protección ambiental, siempre que se encuentren reconocidos y registrados ante la Agencia Federal Ambiental de Alemania.³⁶

C. Estudio de caso

El siguiente estudio de caso único es un ejercicio metodológico de transferencia de los conceptos, normas y principios del sistema jurídico ecuatoriano que se han nutrido a partir del reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos, a los hechos del caso 14 K 4496/18 BUND NRW eV vs. Gobierno Distrital de Arnsberg, suscitado en Alemania, que se resolvió mediante sentencia expedida el 12 de marzo de 2019 por el Tribunal Administrativo de Colonia - Alemania, en la cual el componente ambiental fue un punto de análisis relevante, aun sin ser la cuestión de fondo de la sentencia. Con este ejercicio se pretende verificar si el litigio hubiese tenido un desenlace distinto (favorable a la Naturaleza), si el caso hubiese sido resuelto en jurisdicción ecuatoriana, aplicando criterios de análisis afines al acceso de la Naturaleza como parte procesal que exige tutela judicial efectiva a sus derechos propios, distintos a los derechos de los seres humanos.

Con base en esta metodología, se analiza el problema jurídico que deriva de los hechos que constituyen el caso, remplazando los criterios de orden conceptual, principalista y normativo, contenidos en la sentencia alemana, con argumentos que promueven el

32 Unabhängiges Institut für Umweltfragen, Toolkit – Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten in Deutschland, Berlin 2019, p. 31; *Peter-Christoph Storm*, Umweltrecht, Berlin 2020, p. 197.

33 Umweltbundesamt, Rechtsschutz und Verbandsklage, <https://www.umweltbundesamt.de/themen/nachhaltigkeit-strategien-internationales/umweltrecht/rechtsschutz-verbandsklage> (último acceso 11 de abril de 2021).

34 En esta investigación se excluye el ámbito de la responsabilidad penal por daños ambientales.

35 *Frank Fellenberg/Gernot Schiller*, § 2 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, en: Robert von Landmann / Gustav Rohmer (eds.), Umweltrecht, München 2020, p. 8.

36 *Frank Fellenberg/Gernot Schiller*, § 2 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, en: Robert von Landmann / Gustav Rohmer (eds.), Umweltrecht, München 2020, p. 10.

reconocimiento de la naturaleza como sujeto jurídico y sus derechos (ordenamiento jurídico ecuatoriano), para visualizar las diferencias entre un sistema jurídico de tutela ambiental antropocéntrico y uno de tutela de la naturaleza ecocéntrico.

1. Antecedentes del caso

La mina de lignito a cielo abierto de Hambach se encuentra en el distrito de Düren y Kerpen en Renania del Norte - Westfalia, Alemania. La minería comenzó allí en 1978, cerca del distrito de Hambach de la ciudad de Niederrhein, y ahora ocupa la mayor parte del espacio que una vez perteneció al bosque del mismo nombre.

La mina fue concesionada en el año 1995 a la compañía RWE Power AG, y tiene una extensión de 85 km². Bajo el campo de carbón se encuentran 2.500 millones de toneladas de depósitos de lignito, a profundidades de hasta 470 metros. En el año 1995, la concesionaria minera recibió la autorización administrativa para la implementación del segundo plan operativo general, que incluye la explotación de la mina a cielo abierto en el Bosque de Hambach a finales de 2020, posteriormente aplazada al 2022.

Según reportes de la concesionaria minera, el tamaño de la cuenca carbonífera aprobada por el Estado Alemán es de 85 km², el área de operación de la mina es de 43.8 km², la capacidad de extracción del carbón es de 1.350 millones de toneladas, y la producción de carbón por año es de 40 millones de toneladas,³⁷ lo que constituye a Alemania en uno de los países mega productores de carbón.

El 'Bosque de Hambach', cuya existencia data de hace aproximadamente 12.000 años, es el hábitat de árboles de carpes y robles de aproximadamente 800 años de existencia, y de una variedad de animales en peligro de extinción, registrados en la lista roja europea de la Directiva 92/ 43 /CEE del Consejo de las Comunidades Europeas de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.³⁸ El bosque originalmente tenía una extensión aproximada de 40 km², de los cuáles apenas el 10% aún no ha sido talado.³⁹ Actualmente su extensión no es mayor a dos km².

La Liga de Protección de la Naturaleza y el Medio Ambiente (BUND NRW eV por sus siglas en alemán, en adelante BUND), es una asociación de conservación de la naturaleza reconocida en el estado de Renania del Norte-Westfalia (Alemania) en el año 1981, al

37 RWE, Group, Hambach mine, <https://www.group.rwe/en/our-portfolio/our-sites/hambach-mine-site> (último acceso 14 de abril de 2021).

38 Directiva relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (Unión Europea) Directiva 92/ 43 /CEE, 1992.

39 BBVA, Hambach, de bosque milenario a lugar más contaminado de Europa, <https://www.bbva.com/es/sostenibilidad/hambach-de-bosque-milenario-a-lugar-mas-contaminante-de-europa> (último acceso 10 de abril de 2021).

amparo de la Ley Federal de Conservación de la Naturaleza, que es conocida localmente por su resistencia a la implementación de proyectos extractivos.⁴⁰

En 1997, BUND adquirió la propiedad de un terreno de 500 m2, ubicado dentro del área de la mina de lignito a cielo abierto de Hambach, el cual se mantiene en posesión de su propietario original, para que realice actividades agrícolas. Desde el año 2012, el bosque de Hambach tiene como nuevos pobladores a activistas de protección ambiental. Actualmente en el bosque habitan de forma permanente aproximadamente 80 personas, que han construido casas en los árboles, configurando una suerte de barrios, sin embargo, cuando se anuncian desalojos en la zona, el número de personas que llegan al lugar es alrededor de 200.⁴¹

El desalojo más violento ocurrió el 05 de octubre de 2018, lo que provocó que al día siguiente se reunieran en el bosque aproximadamente 50.000 manifestantes que se oponían a la extracción del carbón en Alemania. Mientras esto ocurría, el Tribunal Administrativo Superior de Münster expidió la sentencia de la apelación presentada por BUND, en contra de la renovación del plan operativo general de la mina entre el 1 de abril de 2018 y el 30 de diciembre de 2020, que fue aprobada por el Gobierno Distrital de Arnsberg el 29 de marzo de 2018; en dicha sentencia, el Tribunal tomó la decisión de suspender la ejecución del plan operativo temporalmente, por lo que actualmente no está permitido el uso de las áreas mineras gestionadas dentro del bosque de Hambach.

BUND ha interpuesto las siguientes acciones judiciales vinculadas a la protección del bosque de Hambach:

| No. de juicio | Acto sobre el que versa la acción |
|----------------|---|
| 14 K 1282/15 | Aprobación del 3er plan operativo general y el plan operativo principal 2015 a 2017 |
| 14 K 3037 / 18 | Aprobación del Plan Operativo Principal 2018 a 2020 |
| 14 K 4496/18 | Cesión de tierras efectuada a favor de RWE Power AG |
| 14 K 6238/18 | Autorización de posesión anticipada de terrenos cedidos |

II. Descripción de los hechos del litigio⁴²

El juicio 14 K 4496/18 tramitado por el Tribunal Administrativo de Colonia, tiene como fundamento los siguientes hechos.

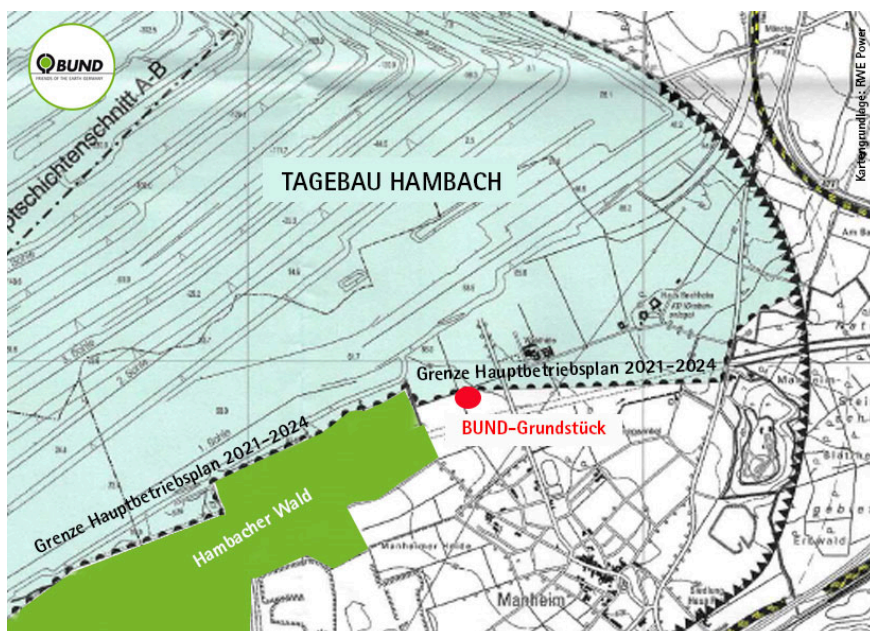
En el año 1997 BUND adquiere la propiedad de una parcela de terreno de 500 m2 de extensión, ubicada en el extremo este del bosque de Hambach, que colinda con el área minera concesionada a RWE Power AG en 1995, que se encuentra actualmente en operaciones. Según se desprende del plan de operación general de la mina, el terreno de

40 BUND, Organización del BUND NRW, <https://www.bund-nrw.de/der-bund-nrw/organisation/> (último acceso 09 de abril de 2021).

41 *Almut Mohr*, The Hambach Forest and the German Energiewende: The Influence of the Hambach Forest Movement on the German Coal Phase-Out, Wageningen 2019, p. 28.

42 Tribunal Administrativo de Colonia, sentencia, 14 K 4496/18, 12 de marzo de 2019.

propiedad de BUND estaba destinado a ser utilizado para la minería a partir de abril de 2020.



El 1 de diciembre de 2015, RWE Power AG solicitó al Gobierno del distrito de Arnsberg la constitución de una servidumbre administrativa a su favor, sobre el terreno de propiedad de BUND, argumentando, de una parte, que el uso de la propiedad era necesario para la continuación de la mina a cielo abierto, por su ubicación central en el área minera y porque técnicamente no es posible implementar un desvío que deje por fuera el terreno de BUND, sin que ello no perjudique la operación minera, aun cuando aquello generara un costo adicional que la empresa estaría en disposición de asumir; y, de otra, que ha intentado por todos los mecanismos posibles llegar a un acuerdo con el propietario del terreno para que, de manera voluntaria, le permita acceder a al territorio, pero que eso no ha sido posible.

Durante la sustanciación del procedimiento administrativo instaurando por RWE Power AG, BUND solicitó que se le retirara la propiedad del inmueble porque cualquier otra forma de cesión no era razonable, de conformidad a lo establecido en el artículo 82 numeral 2 de la Ley Federal de Minería, que establece: 2) El propietario también puede exigir el retiro de la propiedad de un inmueble si otra forma de cesión de bienes inmuebles no es razonable para él.

Las razones por las que BUND se niega a conceder el acceso voluntario al terreno de su propiedad, coinciden con las que fundamentan su demanda, y son las siguientes:

- a) El bosque de Hambach tiene las características previstas en la normativa de la Comunidad Europea para constituirse en un área protegida, además de ser un santuario de aves de facto.
- b) Continuar la extracción minera de lignito no es de interés general primordial. Más bien, la actividad minera debe detenerse lo antes posible para proteger el clima y los activos ambientales.
- c) Los problemas de control de inmisiones, deterioro del equilibrio hídrico, problemas de conservación de especies y naturaleza, falta de compatibilidad social de las reubicaciones necesarias, destrucción de monumentos naturales y el riesgo de daños en las montañas que provoca la minería en Hambach, ponen en riesgo que el Estado alemán pueda cumplir con los compromisos, metas y objetivos que se ha planteado en la lucha contra el cambio climático.
- d) La aprobación del segundo plan general de operaciones no estuvo precedida de un estudio de impacto ambiental.
- e) En el bosque de Hambach existen árboles de robles y carpes que tienen una vida aproximada de 800 años.
- f) El bosque de Hambach es el hábitat de especies que están consideradas en peligro de extinción, y constan dentro de la lista roja de especies protegidas de la Directiva de Hábitats de la Comunidad Europea, particularmente el murciélago de Bechstein y el murciélago orejudo.

Dada la negativa de BUND de habilitar el acceso de la concesionaria minera a su terreno, para implementar las operaciones de la mina a cielo abierto, y considerando que de forma expresa ha manifestado que se acoge a la previsión del artículo 82 numeral 2 de la Ley Federal de Minería, el 07 de mayo de 2018 el Gobierno Distrital de Arnsberg ordena a BUND la cesión del terreno a propiedad de RWE Power AG.

Frente a estos hechos, el Tribunal Administrativo de Colonia finalmente rechaza la demanda por considerar que el bienestar público del pueblo Alemán -que se representa en la capacidad de generación de energía a través de la explotación del lignito, y la provisión de electricidad- supera en relevancia al interés privado e incluso al interés público que argumenta el accionante BUND.⁴³

Esta evaluación que hace el Tribunal, también analiza la legitimidad del derecho de propiedad de BUND, y concluye que la adquisición del bien inmueble incurre en abuso del derecho, en tanto el fin mismo del negocio jurídico fue titularizarse de un derecho subjetivo que le permita interponer acciones, en procura de presentar oposición a la continuidad del proyecto minero, lo que da cuenta que BUND no habría ejercido actividades de señor y dueño sobre el inmueble, sino que, una vez que adquirió el bien, el mismo permaneció en posesión de su antiguo propietario para el desarrollo de actividades agrícolas, criterio a partir del cual le permite al Tribunal pronunciarse en el sentido de que, la carga que el

43 Tribunal Administrativo de Colonia, nota 43.

Estado impone al propietario del bien al despojarle de su derecho, sirve efectivamente a la satisfacción del interés público y al bienestar general de Alemania, y es proporcionada.

III. Análisis de transferencia conceptual, normativa y principialista, al caso.

Partiendo de los hechos que dan a lugar al litigio, y conforme a la metodología que guía este análisis, a continuación, se exponen las proyecciones que resultan de la transferencia del caso sentenciado en Alemania, si estos se hubieran suscitado en el Ecuador.

Los hechos del caso dan cuenta de la oposición presentada por una persona jurídica privada, frente a la cesión forzosa de un inmueble de su propiedad, que será destinado a una actividad que, a criterio del Tribunal Administrativo de Colonia, supera en relevancia a otros intereses públicos y privados alegados por BUND como dueño del bien. En el Ecuador, esta cesión forzosa toma el nombre de 'Expropiación' y se encuentra regulada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP), dentro de la sección denominada 'De la adquisición de bienes inmuebles'.

La expropiación es una representación del poder de imperio que se reserva para sí el Estado ecuatoriano, y constituye una facultad exorbitante de la administración pública, que le habilita a privar o eliminar de un derecho a un particular, en aras de la satisfacción de las necesidades públicas previo pago del justo precio, conforme lo prevé el artículo 58 de la LOSNCP⁴⁴, que en realidad no es un valor resultante de una transacción, sino el monto de compensación que el Estado hace al expropiado, para no causarle un desmedro a su patrimonio.

Al igual que la cesión forzosa presente en el caso resuelto por el Tribunal Administrativo alemán, la expropiación en el Ecuador tiene tres elementos: el subjetivo, el objetivo y la finalidad.

El elemento subjetivo está constituido por tres partes: el expropiante, que es el Estado ya que se titularizará como nuevo propietario del bien inmueble; el expropiado, que es la persona natural o jurídica que tiene originalmente el derecho de propiedad y a quien se le será retirado por efecto de la expropiación; y el beneficiario, que resulta ser el lado que reciba el nuevo bien o inmueble. Por otro lado, el elemento objetivo corresponde al bien inmueble que será extraído del patrimonio de su propietario original, para incorporarlo al dominio nacional y mantenerlo, o transferirlo al beneficiario, a fin de que pueda desarrollar el servicio u obra pública que permitirá satisfacer la necesidad pública y el bien común. Por último, la finalidad es la necesidad pública que justifica la extracción del derecho de propiedad de un ciudadano sobre un bien inmueble.

En el Ecuador los ciudadanos no están habilitados para presentar oposición a la expropiación. De hecho, la expropiación está precedida de un acto administrativo denominado

44 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Ecuador), Registro Oficial Suplemento 395, 04 de agosto de 2008.

‘declaratoria de utilidad pública’, en el cual se recoge la exposición de motivos por los que la administración pública decide activar la potestad exorbitante.

El artículo 58.2 de la LOSNCP señala que el propietario podrá impugnar ante los jueces de lo contencioso administrativo exclusivamente el valor de la compensación, a través del juicio de expropiación previsto en el Código Orgánico General de Procesos. En principio, la impugnación del acto administrativo de expropiación del bien inmueble no daría lugar a la interposición de ninguna acción que atañe a la tutela de los derechos de la naturaleza, sino únicamente a una en el ámbito contencioso administrativo, con un objeto muy específico y reducido. Sin embargo, de los mismos hechos, y al amparo de los derechos de la naturaleza, en el Ecuador, los activistas ambientales y anti mineros tendrían la posibilidad de interponer una acción de protección con medidas cautelares en la jurisdicción constitucional. A continuación, se enuncian las posibles razones por las cuáles, en Ecuador, se podría interponer una acción de protección con medidas cautelares, ante los jueces constitucionales.

¿Cuál es la acción u omisión que vulnera los derechos de la naturaleza?

De los hechos que se presentan en este caso, la acción que se estima violatoria de los derechos de la Naturaleza, es la autorización administrativa de aprobación del Plan Operativo Principal 2018 a 2020 de la mina de Hambach⁴⁵, por las siguientes razones:

- a) El acto administrativo, aunque goza de presunción de legitimidad, resulta contrario a la vigencia de los derechos de mantenimiento y regeneración de los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos de la naturaleza, previstos en el artículo 71 de la Constitución de la República del Ecuador, que se traducen en el derecho a la protección integral de los ecosistemas y que sean estos, en cuanto a sus procesos vitales y equilibrio ecológico, los que permanezcan íntegros; y en medida que una actividad antrópica amenace con alterarlos de manera significativa, el Estado está obligado a adoptar las medidas necesarias para garantizar su existencia y mantenimiento, aún sin tener evidencia científica de las amenazas, según lo prevé el artículo 396 de la Constitución ecuatoriana.
- b) El Ecuador ratificó el Convenio de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica de 1992, cuyo artículo 8 prevé acciones que los Estados deben adoptar, en medida de lo que sea posible, para garantizar la conservación in situ de las especies (Alemania ratificó dicho Convenio en 1992). La autorización de la incursión minera en un ecosistema biodiverso, que es el hábitat de especies amenazadas, se distancia del objetivo del Convenio, y más bien propicia la existencia de un riesgo adicional a la supervivencia de las especies protegidas.
- c) El bosque de Hambach es un ecosistema biodiverso, en el cual se propicia la existencia de especies categorizadas en peligro de extinción. Es un espacio que, por sus características, constituye una unidad estructural, funcional y de organización, consistente en organismos y las variables ambientales bióticas y abióticas de un área determinada,

45 Tribunal Administrativo de Colonia, nota 43.

que bien podría ser un ecosistema frágil, inclusive, si se asume que se trata de una zona con características o recursos singulares susceptibles a cualquier intervención de carácter antrópico, que producen en el mismo una profunda alteración en su estructura y composición.⁴⁶

- d) Varios animales que habitan en el bosque de Hambach se encuentran en la lista roja europea de la Directiva 92/ 43 /CEE del Consejo de las Comunidades Europeas de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.⁴⁷

De los hechos del caso transferido desde Alemania, no se identifica que el bosque de Hambach sea un espacio geográfico reconocido por el Estado como área protegida, de conformidad con la Directiva 92/43/CEE de 1992 y la Ley Federal de Conservación de la Naturaleza. De hecho, en la sentencia 14 K 4496/18 se señala que uno de los argumentos de BUND para interponer no sólo la acción contra la cesión forzosa del inmueble de su propiedad, sino en todas las acciones que ha interpuesto respecto al bosque, es que se trata de una zona de potencial reconocimiento como área protegida.

En el juicio se ha acreditado que el bosque de Hambach es el hábitat de especies que se encuentran enlistadas en los anexos de la Directiva 92/43/CEE. Reviste de importancia el murciélago de Bechstein, especie estrictamente protegida en Alemania, de acuerdo con la Sección 44 de la Ley Federal de Conservación de la Naturaleza. La falta de certeza respecto a que la actividad minera no afectaría la existencia de este murciélago fue el motivo por el cual, el 05 de octubre de 2018, el Tribunal Administrativo Superior de Münster suspendió la tala del bosque programada en el plan operativo anual de la mina de Hambach.

A más del murciélago de Bechstein, existen especies que habitan el bosque de Hambach y se encuentran enlistadas en el anexo IV de la Directiva 92/43/CEE, ello implica que tienen una protección reforzada por la norma comunitaria; entre otras:

| Nombre vulgar | Nombre científico |
|--------------------------|-------------------|
| Lirón | Gliridae |
| Sapo de vientre amarillo | Bombina variegata |
| Rana ágil | Rana dalmatina |

Fuente: Anexo VI Directiva 92/43/CEE

Estos datos han sido asumidos como si correspondieran al ámbito nacional ecuatoriano, para proyectar el resultado de la transferencia conceptual, normativa y principialista que

46 Código Orgánico del Ambiente (Ecuador) Registro Oficial Suplemento 983, 12 de abril de 2017. Glosario de términos.

47 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 2436-19-EP y Caso No. 1149-19-JP. En Ecuador se suscitó un caso análogo, en el cual las especies amenazadas son el mono araña y el oso de anteojos andino, que constan dentro de la Lista Roja de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN 2018) y declaradas en peligro de extinción en Ecuador. Actualmente el caso del Bosque los Cedros ha sido seleccionado por la Corte Constitucional del Ecuador para generar jurisprudencia vinculante.

exige el ejercicio metodológico aplicado a esta investigación, a fin de verificar si la afectación a especies animales protegidas y su influencia en la existencia de un ecosistema son criterios de análisis que podrían cambiar el sentido de la decisión judicial.

¿Quién es el agente dañoso?

El agente que propicia acciones violatorias a los derechos de la naturaleza es el Estado ecuatoriano, a través de la autoridad administrativa que emite la aprobación del Plan Operativo Principal 2018 a 2020, lo que se subsume en la prescripción del artículo 88 de la Constitución de la República: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”

¿Cuál es la pretensión que se persigue?

La acción de protección a interponerse tendría dos pretensiones, una de carácter sustantivo y otra de carácter cautelar.

Pretensión de carácter sustantivo.- a) Se declare sin efecto la resolución administrativa por la cual se aprobó el plan general operativo de la mina de Hambach 2018 – 2020; b) Se disponga el cese definitivo de toda actividad minera superpuesta al territorio del bosque de Hambach; c) Se disponga el desalojo de los equipos y maquinaria en su totalidad, es decir, de los campamentos, estaciones, pozos, senderos y todo tipo de actividades que se encuentran operando en el bosque de Hambach.

Pretensión de carácter cautelar.- a) Suspender toda actividad minera superpuesta al territorio del bosque de Hambach; b) Se disponga al Ministerio del Ambiente que realice un informe técnico sobre los impactos de la actividad minera realizada hasta el momento, sobre las especies enlistadas en los anexos de la Directiva 92/43/CEE que habitan en el bosque de Hambach y un informe de procedibilidad del reconocimiento del bosque como uno de los hábitats protegidos por la misma Directiva.⁴⁸

Las pretensiones que se persiguen están encaminadas a la reparación y al cese de la actividad que vulnera los derechos de la naturaleza, así como la adopción de medidas para evitar la afectación.

48 Esta pretensión no puede estar dentro de las sustantivas porque el Ministerio del Ambiente, que es la agencia encargada de la rectoría de la protección ambiental en Ecuador, no ha sido demandada en esta acción de protección.

D. Argumentos transferidos

Con base en la metodología de transferencia conceptual, normativa y principialista con la cual se realiza esta investigación, se proponen argumentos que un juez ecuatoriano podría incluir en la motivación de una sentencia que sea favorable a la naturaleza, a partir de los hechos del caso.

Argumento 1: ¿Es posible garantizar los derechos de la naturaleza desde la sustentabilidad?

En el marco de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Cumbre de Río/92), el Desarrollo sustentable comprende la correlación ponderada entre crecimiento económico, justicia social y equilibrio ecológico.

De este aserto se infiere la necesidad de avanzar hacia una transición ecológica, en la cual la vida del ser humano esté íntimamente relacionada con la Naturaleza y su protección.

El objetivo es proveer, crear y mantener un sistema de justicia de la Tierra, el cual reconoce y protege los derechos del planeta como una realidad viva, así como los derechos de todas sus especies, incluida la humana, a existir y cumplir destinos mutuos de autosuficiencia, cuyo equilibrio depende de los procesos vitales.

El orden constitucional y jurídico ecuatoriano asume los principios de la sustentabilidad, en los términos de la Declaración de Río/92, y la Constitución de 2008 profundiza el enfoque eco-centrista cuando reconoce a la Naturaleza como sujeto de derechos, ello implica la ampliación constitucional del concepto sujeto de derechos, hacia sujetos no humanos; y el enfoque bio-centrista, al promover la protección jurídica de los derechos bio-conexos de los seres humanos que conviven con los elementos naturales.

El artículo 3.5 de la Constitución de Ecuador establece como uno de los deberes primordiales del Estado, la promoción del desarrollo sustentable y la redistribución de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir. Bajo esta perspectiva, el desarrollo sustentable es un proceso que prevé satisfacer las necesidades de la población actual, sin comprometer la capacidad de atender las necesidades de las generaciones futuras.⁴⁹

Del concepto Desarrollo sustentable se infiere que no puede prevalecer el crecimiento económico a costa del equilibrio ecológico o del desarrollo social, so pena de convertirse en desarrollismo, desvirtuando el concepto de sustentabilidad.

La sustentabilidad demanda una dimensión de equilibrio entre la relación del ser humano con la naturaleza, y no es incompatible la relación entre los parámetros: crecimiento económico, justicia social y equilibrio ecológico. Sin embargo, el desarrollo sustentable consta en los instrumentos jurídico-políticos suscritos por el Estado, como una probabilidad que puede concretarse en la medida de lo posible, dependiendo de las reales capacidades económicas del Estado.

En tal sentido, el desarrollo sustentable como probabilidad se torna utópico, y la naturaleza como sujeto de derechos es una categoría jurídica tangible, sustantiva, no expuesta

49 Organización de Naciones Unidas, nota 18.

a la comprensión arbitraria de la autoridad pública o judicial. El reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos es el pilar de la transición ecológica en pro de una relación armónica entre el ser humano y la Naturaleza, e implica un cambio de paradigma en el pensamiento jurídico.

En Ecuador, los derechos no son entendidos como privilegios, sino como condiciones necesarias de la vida en comunidad; todos los principios y derechos constitucionales son inalienables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, según lo prevé el artículo 11.6 de la Constitución de la República del Ecuador.

Esta expansiva evolución de los derechos ha alcanzado a la Naturaleza como titular; y en este recorrido emancipador histórico del siglo XXI tienen lugar: primero la teorización, y posteriormente la positivización de los derechos de la Naturaleza, impregnada del constitucionalismo emancipador - comunitario y crítico que va tomando fuerza en el planeta. En Estados de tradición anglosajona, el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos va abriéndose camino a través de la jurisprudencia, como referencia cabe citar países como Nueva Zelanda (río Whanganui, 2017; Te Urewera, 2014), o Australia (río Yarra, 2017). Es evidente que el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos se ha abierto paso en la legislación comparada de varios países, y, en los últimos años ha contado con relevantes avances en el marco de la regulación positiva, como en su aplicación jurisprudencial.⁵⁰

Argumento 2: ¿La disponibilidad por parte del Estado de los recursos categorizados como estratégicos, vulnera los derechos de la naturaleza?

El artículo 313 de la Constitución del Ecuador establece que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sustentabilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia [...]

Los sectores estratégicos son: la energía en todas sus formas, los recursos naturales no renovables como los hidrocarburos y los minerales, la biodiversidad y el patrimonio genético, el agua, las telecomunicaciones, el espectro radioeléctrico, y los demás que determine la ley. Todos estos sectores están sujetos a la decisión y control exclusivo del Estado, por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social y política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo, de los derechos y el interés social.

En el Estado Constitucional de derechos y justicia ecuatoriano, la Constitución irradia sus principios a la normativa ordinaria según se desprende del Art. 1, inciso 3 que prevé que: “los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.” (En Alemania, los recursos minerales pertenecen a los propietarios del suelo).

50 Rubén Martínez Dalmau, Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos, en: Liliana Estupiñán / Claudia Storini / Rubén Martínez Dalmau / Fernando Antonio de Carvalho Dantas, (eds.), La naturaleza como sujeto de Derechos en el Constitucionalismo Democrático, Bogotá 2019, p. 36.

El artículo 3.5 de la Constitución ecuatoriana, establece que: “es deber primordial del Estado: Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir.” De forma que, jurídicamente no se puede contradecir el principio.

Con base en la normativa referida (y las concordancias pertinentes) es explícito que el interés general y el buen vivir son objetivos a los que, por su transcendencia y magnitud, les es inherente la dimensión política y económica. La dimensión económica connota que los recursos naturales son patrimonio irrenunciable del Estado, y su uso está supeditado a la disponibilidad o no de recursos económicos que el Estado requiere para la consecución del interés general y el buen vivir.

Dicha consecución de recursos económicos proveniente del uso de sectores estratégicos, no puede inobservar la tutela de los derechos de la naturaleza, y si el logro de los dos se torna inviable, entra en juego la inobservancia de uno de ellos. Dirimir el dilema no lleva a niveles extremos, sino hasta cuando la captación de recursos económicos no sea posible por otras vías; hasta cuando la naturaleza como unidad mantenga capacidad de existencia a mediano y largo plazo; o hasta cuando la sociedad no connote como riesgo inminente de falta de provisión absoluta de servicios públicos o de condiciones en las que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos, ya por efectos de la omisión de derechos debido a la indisponibilidad de recursos económicos o a la no explotación de recursos naturales de los sectores estratégicos.

Dirimir al respecto no es un asunto exigible a un solo actor, en un solo nivel, sino de una complejidad política variable local y/o nacional, con repercusiones sociales y económicas múltiples. En la jurisdicción nacional, el operador jurídico judicial resuelve el conflicto a partir de variables condicionadas a su limitada percepción de la temporalidad y espacialidad de un problema, con normas expresas y principios reglas de interpretación y ponderación, pero, cuyo veredicto no es susceptible de trastocar el orden estructural, porque su decisión no afecta sino sólo a un ápice de la totalidad físico-espacial, o socio-económico-política a nivel de un Gobierno Descentralizado o del Estado, de una persona o de una colectividad.

De ello sigue la observancia del Convenio sobre Diversidad Biológica, artículo 3.- Principio. “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental.” Por interpretación extensiva se entiende también, de su propia política económica.

Por tanto, los artículos 3.5 y 313 de la Constitución son coherentes con las prescripciones del artículo 2 del Convenio de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica, suscrito en el marco de la Conferencia sobre Medio ambiente, en la ciudad de Río de Janeiro - Brasil, el 5 de junio de 1992, cuya ratificación aprueba y confirma todos y cada uno de sus artículos, y compromete al Estado para su observancia, según se deriva del Decreto Ejecutivo No. 2, publicado en Registro Oficial 148 de 16 de marzo de 1993.

En complemento, al tenor de los artículos 2 y 3 del Convenio sobre Diversidad Biológica, se prevé que: Por ‘utilización sostenible’ se entiende la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras.” Y que: De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

Argumento 3: ¿Tienen vigencia los derechos de la naturaleza fuera de las áreas protegidas?

El artículo 10 de la Constitución del Ecuador reconoce a la Naturaleza como sujeto de derechos, sin más limitación que la de que estos derechos estén previstos en la propia Constitución. El sentido claro del artículo en referencia no amerita interpretación judicial, pues resulta comprensible que la norma constitucional no impone condición o restricción alguna al ámbito de aplicación de los derechos que la Constitución reconoce a la Naturaleza. Siendo así, lo que corresponde es analizar sistémicamente esta disposición constitucional, para verificar si existe concordancia con otras, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

La Naturaleza es titular de los derechos expresamente previstos en los artículos 71 y 72 de la Constitución y de aquellos que le permitan exigir la reivindicación de los mismos, que no se concentran únicamente a la restauración de espacios o procesos vitales que han sido degradados, sino también al respeto integral a su existencia, mantenimiento, y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, incluso en condiciones en las que no se le haya provocado un daño cierto y real, justamente para evitar la ocurrencia de estos daños. Mal podría concebirse la vigencia del derecho al respeto integral de la existencia de la naturaleza en un ecosistema cuyo deterioro sea tal que técnicamente se reputé inexistente; allí cabría el derecho a la restauración.

El artículo 405 de la Constitución también contempla la existencia de un sistema nacional de áreas protegidas, con el fin de garantizar la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas conformado por áreas, de tierra o mar, definidas geográficamente, y que han sido designadas, reguladas y administradas *para alcanzar objetivos específicos de conservación a largo plazo de la naturaleza y de los valores culturales y los servicios de los ecosistemas asociados*, según consta en el glosario de términos del Código Orgánico del Ambiente (énfasis añadido). Estos objetivos a los que hace alusión el mencionado Código tienen varias fuentes, ya sea compromisos internacionales asumidos por el Estado ecuatoriano o políticas públicas locales, entre otros, lo que se traduce en que las áreas protegidas se convierten en espacios en los que los derechos de la Naturaleza alcanzan un nivel de tutela más alto que en el resto del territorio nacional, por su sensibilidad frente a la actividad antrópica, los servicios ambientales que brindan o por

todo el complejo de factores físicos, químicos, y biológicos que forman el medio del bioma de una zona determinada, que reúne las condiciones ecológicas propicias para ser habitado por determinadas especies de flora y fauna, lo cual de ninguna manera excluye la vigencia de los derechos de la Naturaleza en espacios geográficos por fuera de las áreas protegidas, sino, por el contrario, refuerzan la tutela dentro de estas áreas.

Bajo esta premisa, el análisis no se circunscribe a verificar si el Bosque de Hambach es, o no, un área protegida en la cual exista prohibición legal para incursionar en actividades extractivas, de hecho, se conoce que no es un área que haya sido categorizada por el Estado como un espacio de protección ambiental. Lo que corresponde analizar es, si los impactos propios de la actividad minera afectan de alguna forma al respeto integral a la existencia de la naturaleza, su mantenimiento, o regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Argumento 4: ¿Los derechos de la naturaleza al respeto integral a su existencia, mantenimiento, y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos se vinculan con los principios de prevención y precaución frente a daños ambientales?⁵¹

Según lo refiere Giddens⁵², existen varios riesgos y peligros en el mundo moderno, uno de ellos es el que origina el entorno creado, el cual se refiere a la alteración del carácter de la relación entre los seres humanos y el ambiente, que deriva de la transformación de la naturaleza por los sistemas de conocimiento humano de forma tan recurrente que, los seres humanos, se habitúan al riesgo y lo invisibilizan.

Los derechos de la naturaleza emergen en lo jurídico para re-pensar el riesgo de las actividades antrópicas sobre el sujeto no-humano, que se torna en la parte vulnerable de las relaciones jurídicas que se mantienen en él y con él, en un sentido de otredad, de la misma forma que se plantea cualquier relación jurídica entre dos seres humanos, entre los que no existen condiciones homogéneas. Los derechos al mantenimiento y regeneración de los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos de la Naturaleza, deben protegerse y garantizarse preventivamente y precautoriamente para generar condiciones en las que sea posible que la existencia de la naturaleza sea respetada integralmente.

Lo señalado es aplicable al caso del bosque de Hambach, en tanto es un ecosistema frágil que amerita de tutela reforzada por parte del Estado, que además coincide en ser el hábitat de especies aún más frágiles y sensibles a la actividad antrópica, tanto que se encuentran registradas oficialmente como especies amenazadas de extinción.

La tutela reforzada a los ecosistemas frágiles viene acompañada de obligaciones del Estado para: a) regular la conservación, manejo y uso sustentable, recuperación, y limitaciones de dominio de los ecosistemas frágiles y amenazados; entre otros, los páramos, humedales, bosques nublados, bosques tropicales secos y húmedos y manglares, ecosistemas

51 Para el desarrollo de este argumento, se toma como base el análisis realizado en el *Amicus Curiae* presentado por el Centro de Democracia y derechos ambientales (CDER por sus siglas en inglés) y desarrollado por el Mgs. Hugo Echeverría, dentro del caso No. 1149-19-JP sustanciado ante la Corte Constitucional del Ecuador.

52 Anthony Giddens, Consecuencias de la modernidad, Madrid 2008, pp. 119-125.

marinos y marinos-costeros, conforme está previsto en el artículo 406 de la Constitución; b) aplicar medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales, según disposición expresa contenida en el artículo 73 de la norma fundamental, cuyo sentido es claro en cuanto a que los disparadores de la tutela son, incluso, las actividades que *puedan conducir a* la extinción de las especies. Es decir, no se requiere daño actual ni cierto para su aplicación. Estas medidas pueden ser restrictivas. La norma suprema no las determina, como tampoco lo hace la legislación, por lo que hay que entender la palabra restricción en su sentido natural de ceñir, circunscribir o reducir a menores límites.

En conclusión, el bosque de Hambach es el hábitat de especies en peligro crítico de extinción; y, alberga bosques constitucionalmente clasificados como ecosistemas frágiles. Este caso, por tanto, no se refiere únicamente a minería en bosque protector, sino a minería en ecosistemas frágiles que son el hábitat de especies críticamente amenazadas de extinción. En este marco, el deber estatal de garantizar los derechos de la naturaleza debe ejercerse desde una perspectiva constitucional.⁵³

E. Conclusiones

1. El sustrato de los derechos de la naturaleza abarca enfoques ecocéntricos y biocéntricos. Su ámbito de aplicación excluye la tutela individualizada de elementos particularizados que conforman el mundo natural, salvo que sean en sí mismos un ecosistema, como es el caso de los ríos, los bosques, los humedales, entre otros; o que su existencia aporte al mantenimiento del equilibrio ecológico, que incluye no sólo el complejo de los organismos, sino también todo el complejo de factores físicos que forman lo que se denomina el medio del bioma, los factores de hábitat en un sentido amplio, que dan cuenta de la existencia de una unidad de base de la naturaleza en la superficie de la tierra.
2. Tomando como punto de partida los hechos que se presentaron en el juicio No. 14 K 4496/18 sustanciado por el Tribunal Administrativo de Colonia – Alemania, de haberse suscitado el caso en el Ecuador, los activistas ambientales y anti mineros tendrían la posibilidad de interponer una acción de protección con medidas cautelares en la órbita constitucional, para el amparo de los derechos de la naturaleza, sin requerir la afectación de derechos subjetivos.
3. El objetivo de re-pensar a la Naturaleza como Otredad, es proveer, crear y mantener un sistema de justicia de la Tierra, que reconozca y proteja la naturaleza como una realidad viva, que comprende la integralidad de los procesos en los que interactúan quienes la constituyen, cumpliendo destinos mutuos de autosuficiencia.

53 Centro de Democracia y Derechos Ambientales, Amicus Curiae presentado dentro del caso No. 1149-19-JP sustanciado ante la Corte Constitucional del Ecuador, 2020.

4. El acceso de la naturaleza a los órganos administrativos y jurisdiccionales para reivindicar sus derechos o lograr la reparación de estos cuando han sido violentados, es posible en Estados que reconozcan a la naturaleza como sujeto de derechos, a través del derecho positivo, como es el caso de Ecuador y Bolivia; o por medio de jurisprudencia, como en Nueva Zelanda, Colombia, Argentina, etc.; o, que su tutele la naturaleza colateralmente resguardada por los derechos humanos ambientales.