

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 12 | n. 3 | setembro/dezembro 2021 | ISSN 2179-8214
Periodicidade quadrimestral | www.pucpr.br/direitoeconomico
Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



La ecología de los jueces: la personalidad jurídica de los entes naturales (India y Colombia)

*The ecology of judges: the legal personality of natural entities
(India and Colombia)*

Pierre Brunet*

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Francia)

pierre.brunet@univ-paris1.fr

Recibido: 14/02/2021

Aprobado: 22/07/2021

Received: 02/14/2021

Approved: 07/22/2021

Resumen

El artículo examina la tendencia de los jueces y tribunales a reconocer la personalidad jurídica de los entes naturales, como los ríos. Inicialmente partiendo del precedente judicial pionero de Nueva Zelanda, el estudio luego analiza las diferencias entre las decisiones de la Corte Constitucional colombiana de 2016 y la Corte de l'Uttarakhand (India) de 2017 sobre el tema, señalando las dificultades conceptuales y empíricas enfrentadas en este debate.

Palabras-clave: ecología; jueces; personalidad jurídica; entes naturales; India y Colombia.

Como citar este artículo/How to cite this article: BRUNET, Pierre. La ecología de los jueces: la personalidad jurídica de los entes naturales (India y Colombia). **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 3, p. 406-431, set./dez. 2021. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v12i3.28853.

* Profesor de Derecho Público en la Escuela de Derecho de la Sorbonne – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Paris, Francia). Doctor en Derecho de la Université Paris Ouest Nanterre (ex Paris X). E-mail: pierre.brunet@univ-paris1.fr

Abstract

The article examines the tendency of judges and courts to recognize legal personality for natural entities, such as rivers. Initially starting from the pioneering judicial precedent of New Zealand, the study then analyzes the differences between the decisions of the Colombian Constitutional Court of 2016 and the Court of Uttarakhand (India) of 2017 on the subject, pointing out the conceptual and empirical difficulties faced in this debate.

Keywords: *ecology; judges; legal personality; natural entities; India and Colombia.*

Sumario

1. Un mismo dispositivo para una realidad diferente; 1.1. El caso neozelandés; 1.2. En Colombia y en India; 1.3. Discusión; 2. Las dificultades conceptuales y empíricas; 2.1. La búsqueda de un fundamento jurídico a la personalidad jurídica de los ríos; 2.1.1. La estrategia de la Corte colombiana; 2.1.2. La estrategia de la Alta Corte de Uttarakhand; 2.2. Los límites socio empíricos de una innovación jurídica; 2.1.1. Un problema de geografía y una cuestión política; 2.1.2. La impotencia económica de los jueces. Referencias.

En 1972, en un artículo precursor hoy bien conocido y traducido recientemente al francés, en el cual la idea de reconocerle derechos a los entes naturales fue tomada muy en serio, Christopher Stone (1972, p. 453) escribió: “A lo largo de la historia jurídica, cada extensión de derechos a un nuevo ente ha sido impensable antes de haber sido efectiva”. Cuarenta y cinco años después, en 2017, en su libro precisamente consagrado a los derechos de la naturaleza, David Boyd (2017) escribió: “Al resaltar la urgencia en reconocerle derechos a la naturaleza con el fin de responder a los actuales retos medioambientales, varios tribunales desde la India hasta el Ecuador han comenzado a incorporar una revolución en curso que concierne el sistema jurídico”.¹ ¿Cómo no darle la razón? en marzo de 2017 el Parlamento de Nueva Zelanda adoptó una ley que reconoció la personalidad jurídica del río Whanganui. Algunos días después, la Alta Corte de Uttarakhand expidió una sentencia en la que afirma que el río Gange y la Yamuna, uno de sus afluentes, debían ser consideradas “personas jurídicas vivas”. Diez días más tarde, esa misma Corte le reconoció ese mismo estatuto a los ecosistemas de esos ríos y a las fuentes

¹ “From India to Ecuador, courts are beginning to acknowledge a revolution in the legal system, emphasizing the importance of recognizing nature’s rights to address today’s environmental woes” (Edición Kindle 2453-2455).

de esos ríos, los glaciares Gangotri y Yamunotri. En mayo de 2017, la Corte Constitucional de Colombia volvió pública una decisión tomada en 2016 mediante la cual confería la personalidad jurídica al río Atrato. El 4 de abril de 2018 la Corte Suprema de Colombia (jurisdicción judicial no constitucional) reconoció la personalidad jurídica de la Amazonía colombiana... Añadamos que todos esos casos estuvieron precedidos de un fallo histórico de 2011 de la Corte provincial de Loja en Ecuador, que reconoció la personalidad jurídica del río Vilcabamba...²

Tantos ejemplos que demuestran el deseo que se tiene a pesar de las críticas:³ lo impensable de ayer es hoy una realidad. Esta tendencia está probablemente sujeta a profundas evoluciones.⁴

Pero si miramos bien, los derechos de la naturaleza no son reconocidos en todas partes en las mismas condiciones, bajo los mismos fundamentos ni con las mismas intenciones. La decisión de la Corte Constitucional colombiana de 2016, así como los fallos emitidos por la Alta Corte de l'Uttarakhand en marzo de 2017 lo demuestran muy bien.⁵ Si esas decisiones beben de la misma fuente -el precedente neozelandés del cual debemos hablar- no buscan exactamente el mismo objetivo; además todos presentan un cierto número de dificultades conceptuales y empíricas a la vez que no pueden ser descartadas y que pondremos en evidencia basándonos en la argumentación de los jueces luego de haber analizado el "modelo" neo-zelandés que las ha inspirado.

1. Un mismo dispositivo para una realidad diferente

Un punto común que presentan los tres ejemplos de personificación jurídica de los ríos o ecosistemas, radica en el dispositivo adoptado: en cada

² No. 11121-2011-0010 del 30 de marzo de 2011.

³ Son muchas y antiguas. V. por ej, SAGOFF, 1974, p. 205: « Environmentalists always assume that the interests of these [natural] objects are opposed to development. How do they know this? Why wouldn't Mineral King want to host a ski resort, after doing nothing for a billion years? (...) It is an incredible optimism which assumes the guardians appointed to represent nature would take an environmentalist position. These guardians would be chosen by the government, in other words by the lobbies, and thus nature could enter suits on the side of development » y BURDON, 2010.

⁴ Lo muestra por ejemplo la apasionante obra colectiva dirigida por ROGERS; MALONEY, 2017, en la cual los autores reescribieron los fallos fundamentados en principios existentes o en nuevas leyes y fallos fundados en éstas últimas o también fallos hipotéticos o potenciales, adoptando a cada vez un punto de vista ecocéntrico defendido por el « Wild Law ».

⁵ Esos fallos ya han sido comentados, v. O'DONNELL; TALBOT-JONES, 2017; O'DONNELL, Erin L., TALBOT-JONES, Julia. 2018, p. 7; O'DONNELL, 2018; y DAVID, 2017.

caso se les ha otorgado guardianes a los ríos. Pero la finalidad buscada no es la misma.

1.1 El caso neozelandés

Sabemos que la famosa ley formalmente adoptada por el Parlamento de Nueva Zelanda el 20 de marzo de 2017 y que le reconoce al río Whanganui -tercer río más largo de Nueva Zelanda- el estatuto de persona jurídica, le confiere pleno efecto a un dispositivo elaborado convencionalmente desde 2009 entre el gobierno de Nueva Zelanda y las tribus Maori que viven a lo largo del río.⁶

La ley pone punto final a un litigio antiguo nacido de la ruptura hecha por el gobierno neozelandés del tratado de Waitangi firmado en 1840 con 14 jefes Maori y que les confería la posesión de sus tierras, bienes, bosques y zonas de pesca. Pero a pesar de sus muchas protestas y acciones judiciales, los Maori vieron desarrollarse numerosas actividades de explotación en el agua y en el lecho del río, en completa violación de su propia cosmología y de sus creencias ancestrales contenida en la fórmula “Yo soy el río y el río soy yo” (“Ko au te awa, ko te awa ko au”). Esta fórmula, desde entonces célebre, ilustra la relación de parentesco que tienen los Maori con su ambiente natural, ampliamente expuesta en los reportes publicados por el Waitangi Tribunal conformado en 1975 por el Treaty of Waitangi Act.

De otro lado, la ley traduce a las categorías del derecho positivo, la cosmología de los Maori y su relación espiritual con el río Whanganui. En efecto, en la medida en que el río es percibido como un ser vivo con el cual las poblaciones autóctonas entretejen una relación de familia, pues ellas lo ven como un “ancestro de las tribus que viven en sus orillas,⁷ o también

⁶ A pesar del gran ruido que pudo generar, la ley de 2017 no innovó nada sino que erigió a un plano legislativo dos acuerdos que ya existían entre el gobierno de Nueva Zelanda y las tribus indígenas (llamadas Iwi): uno es del 30 de agosto de 2012 (el « Tutohu Whakatupua ») y el otro es del 5 de agosto de 2014 (el Whanganui River Deed of Settlement ou « Ruruku Whakatupua »). La ley puso sin embargo punto final a un litigio muy antiguo iniciado en 1873. Ver Waitangi Tribunal, *The Whanganui River Report* (Wai 167), 1999 disponible en la siguiente dirección: https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/WT/wt_DOC_68450539/Whanganui%20River%20Report%201999.pdf.

⁷ Tribunal Waitangi WAI 262, *Ko Aotearoa Tēnei: A Report into Claims Concerning New Zealand Law and Policy Affecting Māori Culture and Identity*. Te Taumata Tuatahi Claim Title: Indigenous Flora and Fauna and Cultural Intellectual Property Claim, 2 July 2011, p. 23. Muchas informaciones están disponibles en los reportes del Waitangi Tribunal y sobre todo el de *Ko Aotearoa tēnei: a report into claims concerning*

como un “cordón umbilical” que liga a las tribus asentadas en su ribera a la esencia espiritual de sus ancestros,⁸ no puede ser éste objeto de apropiación en el sentido que el derecho positivo de Nueva Zelanda le da a ese término. Como lo escribió el Waitangi Tribunal en el Whanganui River Report de 1999:

though they had possession and control in fact, they did not see it in those terms; rather, they saw themselves as users of something controlled and possessed by gods and forebears. It was a taonga made more valuable because it was beyond possession. ... On this view of things, the river was not a commodity, not something to be traded. It was inconceivable that such a thing could be done (...).⁹

Por otra parte, si el gobierno de Nueva Zelanda hubiera querido confiarle la propiedad del río a los Maori, se habría expuesto a un cierto número de problemas puesto que existen construcciones al lado de ese río, y los propietarios de esas construcciones se oponen a ser desposeídos de ellas en beneficio de los Maori, así como los usuarios habituales del río quieren mantener el uso que hacen de él, y eso explica que la ley contenga un gran número de limitantes en cuanto a su aplicación.¹⁰

En esas condiciones, la solución escogida fue crear varios entes jurídicos, cada uno con un nombre Maori. No entraremos en el detalle de cada uno sino solo evocaremos los principales. Así, la existencia jurídica del

New Zealand law and policy affecting Māori culture and identity - Te taumata tuatahi, WAI 262, Legislation Direct, Wellington, New Zealand, 2011 disponible en: www.waitangitribunal.govt.nz. El primer artículo que propone el modelo de la personalidad jurídica para los ríos de Nueva Zelanda es el de MORRIS; RURU, 2010. El texto retomaba las reflexiones de James D. K. Morris en su memoria MORRIS, 2009, en el cual razonaba a partir del artículo de Christopher Stone y proponía un proyecto de « Rivers Bill » retomado en el artículo citado *supra*. V. también MAGALLANES, 2015a y MAGALLANES, 2015b, Edition Kindle (empl. 1678-2252) con las referencias históricas; DAVID, 2017 y DAVID, 2015, p. 247-259. Para un estudio antropológico de la historia de las negociaciones entre Maoris y el gobierno de Nueva Zelanda sobre el agua, v. SALMOND, 2014, y más generalmente SALMOND 2017, esp. cap. 9.

⁸ Tribunal Waitangi, Te Kahui Maunga: The National Park District Inquiry Report 2013 (Wai 1130), p. 93.

⁹ Whanganui River Report, 1999: Wai 167, Wellington, Government Print Publications, 1999, p. 46. Acerca de las consecuencias de la oposición entre los dos concepciones de la propiedad, v. BANNER, 1999, p. 808: “Land occupied a fundamental position in the lives and the thought of both peoples. Each possessed a system of property law, which served to allocate rights to use land so as to prevent conflicts from arising. But those systems differed dramatically from one another”.

¹⁰ Te Awa Tupua, 2017: part 2. S.16: “Limits to effect of this Act and deed of settlement : Unless expressly provided for by or under this Act, nothing in this Act — (a) limits any existing private property rights in the Whanganui River; or (b) creates, limits, transfers, extinguishes, or otherwise affects any rights to, or interests in, water; or (c) creates, limits, transfers, extinguishes, or otherwise affects any rights to, or interests in, wildlife, fish, aquatic life, seaweeds, or plants; or (d) affects the application of any enactment”.

río es garantizada por la creación de un ente específico al cual se le dio el nombre de “Te Awa Tupua”. Definido como “un todo indivisible y vivo que comprende el río Whanganui desde las montañas hasta el mar, incluidos sus afluentes y el conjunto de sus elementos físicos y metafísicos”,¹¹ a esta entidad se le transfieren las partes del río que eran de la Corona. El texto reconoce igualmente existencia legal a un conjunto de valores intrínsecos que representan la esencia de Te Awa Tupua al cual se le da el nombre de Tupua te Kawa. La ley dispone que “Te Awa Tupua es una persona jurídica” que tiene “los derechos, poderes, deberes y responsabilidades de una persona jurídica” los cuales serán ejercidos por otra entidad llamada “Te Pou Tupua”, que será la “cara humana” del ente “río”¹² y ejercerá la función de guardiana del mismo. Esta entidad guardiana está compuesta de dos personas: una nombrada por las tribus del Whanganui y otra por el Minister for Treaty of Waitangi Negotiations (en acuerdo con tres otros ministros); está dotada de prerrogativas sublunares: actúa entonces con instrumentos que los humanos occidentales han creado, esto es, el derecho.

Debemos insistir en que este dispositivo, primero convencional y luego legislativo, no busca impedir toda actividad en el río o sus riberas, sino permitir un control sobre la salud y el bienestar del mismo.

El caso del río Whanganui no es solo un ejemplo del conflicto entre el derecho positivo y la cosmología Maori, que el uso de la personalidad jurídica ha permitido resolver. Este dispositivo fue también utilizado en el caso del parque Te Urewera. De un proyecto de ley único de 2013, el Parlamento de Nueva Zelanda emitió dos leyes que fueron adoptadas el 27 de julio de 2014 (Tūhoe Claims Settlement Act et Te Urewera Act). El Te Urewera Act reconoce la personalidad jurídica del parque nacional, así como el valor y significado espiritual que tienen esas tierras para los Tūhoe.¹³

¹¹ Te Awa Tupua 2017, Part 2 S.12: “Te Awa Tupua is an indivisible and living whole comprising the Whanganui River from the mountains to the sea, incorporating its tributaries and all its physical and metaphysical elements”.

¹² Te Awa Tupua, Part 2. S. 14: «Te Awa Tupua has the rights, powers, duties and liabilities of a legal person / The rights, powers and duties of Te Awa Tupua must be exercised and performed on behalf of, and in the name of Te Awa Tupua by Te Pou Tupua; The purpose of Te Pou Tupua is to be the human face of Te Awa Tupua and act in the name of Te Awa Tupua».

¹³ Te Urewera Act, (n°51, 27 juillet 2014): “§4. The purpose of this Act is to establish and preserve in perpetuity a legal identity and protected status for Te Urewera for its intrinsic worth, its distinctive natural and cultural values, the integrity of those values, and for its national importance, and in particular to (a) strengthen and maintain the connection between Tūhoe and Te Urewera; and (b)

Como en el caso del río Whanganui, se le reconoció valor intrínseco al parque, así como también lo tiene la identidad de los Tūhoe.¹⁴ Se previó una estructura de administración compuesta de una Oficina (Board) cuya composición es tal que los Tūhoe tendrán en adelante la posibilidad de gerenciar el parque y de velar por la integridad de un territorio. Por su lado, el gobierno de Nueva Zelanda les mantiene el estatuto de parque nacional a esas tierras. Al transformar ese parque en persona jurídica y confiarle su protección a las tribus Tūhoe, el gobierno no les atribuye a éstas la propiedad.

Algunos comentaristas analizan el dispositivo jurídico adoptado tanto para el río Whanganui como para el parque Te Urewera como la puesta en marcha de una concepción pluralista del derecho (MACPHERSON; OSPINA, 2018). La idea de que el derecho positivo de Nueva Zelanda “reconoce” la existencia del “derecho” a las poblaciones autóctonas es muy seductora y tiene una virtud tranquilizadora. Pero de pronto es eludir la principal dificultad que ese dispositivo intenta resolver, y es que la cosmología Maori no es “jurídica” - las creencias no se imponen en virtud de un conjunto de reglas - hasta tanto el derecho positivo no le confiera ese estatuto. En esas condiciones, lo que vemos es una solución “pragmática”¹⁵, un compromiso “político” (LEVINE, 2017) y hasta un mecanismo de gestión para neutralizar las cuestiones de propiedad dentro de un marco de respeto (CALDERWOOD, 2016; SANDERS, 2017), que aparece en la tercera parte de la ley consagrada a las reparaciones, que contiene una larga lista de “Acknowledgments”, incluido el reconocimiento

preserve as far as possible the natural features and beauty of Te Urewera, the integrity of its indigenous ecological systems and biodiversity, and its historical and cultural heritage; (c) provide for Te Urewera as a place for public use and enjoyment, for recreation, learning, and spiritual reflection, and as an inspiration for all”.

¹⁴ Los tres primeros años compuesto de ocho miembros, (cuatro nombrados por los representantes de los Tūhoe y los otros cuatro nombrados conjuntamente por el Ministro de la Conservación y el Ministro de las Negociaciones del Tratado de Waitangi) y ahora de nueve miembros con ventaja para los Tūhoe (seis miembros) contra tres solamente por el Ministro de la Conservación. Ver Te Urewera Act, n°51, 27 juillet 2014, 1.3.5 et 1.3.6: “For Tūhoe, Te Urewera is their ewe whenua, their place of origin and return, their homeland. Te Urewera expresses and gives meaning to Tūhoe culture, language, customs, and identity. There Tūhoe hold mana by ahikāroa; they are tangata whenua and kaitiaki of Te Urewera” y “4. The purpose of this Act is to establish and preserve in perpetuity a legal identity and protected status for Te Urewera for its intrinsic worth, its distinctive natural and cultural values, the integrity of those values, and for its national importance”.

¹⁵ O’DONNELL; TALBOT-JONES, 2018: “the creation of Te Awa Tupua in New Zealand was a pragmatic way to alter ownership arrangements for the bed of the Whanganui River through legislation, without causing too much disruption to existing management structures, whilst simultaneously settling Whanganui Iwi’s long-standing Treaty of Waitangi claims”.

de la utilidad del río para el desarrollo de Nueva Zelanda.¹⁶ La traducción jurídica consiste, para el derecho positivo, en incorporar hasta donde sea posible los conceptos autóctonos y la metafísica que éstos vehiculan y se analiza como un híbrido de los discursos o de las representaciones del mundo,¹⁷ lo que demuestra la utilización de nombres Maori en el texto de la ley.¹⁸

1.2 En Colombia y en India

Por comparación o contraste, el dispositivo jurídico adoptado en India y en Colombia es infinitamente más sencillo.

El 10 de noviembre de 2016, al cabo de una decisión de 296 páginas, la Corte Constitucional colombiana declaró que “Se reconocerá al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas”.

Juzga también a las autoridades públicas colombianas como responsables de una crisis humanitaria en el departamento del Chocó:

Las autoridades estatales demandadas son responsables de la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas demandantes por su conducta omisiva al no realizar acciones efectivas para detener el desarrollo de actividades mineras ilegales, que han generado la configuración de grave crisis humanitaria y ambiental en la cuenca del río Atrato (Chocó), sus afluentes y territorios aledaños.

Y si la atribución de personalidad jurídica al río es un fin en sí mismo, es también un medio para obligar al Estado colombiano a tomar en consideración las repetidas solicitudes de las poblaciones afectadas y de

¹⁶ “The Crown acknowledges the national importance of the Whanganui River and its contribution to New Zealand’s development (...)”.

¹⁷ “the agreement shows that creative jurisprudence and experimental practice are possible. Rather than defining waterways and forests and fisheries as ‘common pool resources’ (still an anthropocentric construct), for example, as the Nobel Prize-winning economist Elinor Ostrom has suggested – it is evidently not unthinkable in New Zealand to pursue the idea that lakes, harbors, and forests may have their own life and rights” (SALMOND, 2014, p. 304).

¹⁸ MAGALLANES, 2015b, Kindle 1870. V. también MAGALLANES, 2011.

proceder al saneamiento del río y de las tierras contaminadas. La Corte ordena entonces que se constituya una “comisión de guardianes del río Atrato” nombrados uno por las comunidades indígenas locales y el otro por el gobierno. Esta comisión será asistida por un equipo de consejeros. Se le ordena al gobierno tomar las medidas necesarias para ponerle fin a la explotación minera ilegal y sanear el río según un plan a largo plazo.

La influencia del dispositivo utilizado en Nueva Zelanda es acá manifiesta cuando no es expresamente mencionada por los jueces colombianos, quienes se refieren al dispositivo adoptado para el parque Te Urewera y el río Whanganui.

Asimismo, mediante dos sentencias del 20 y 30 de marzo de 2017 emitidas por dos jueces indúes - Rajiv Sharma y Alok Singh – la Alta Corte de Uttarakhand,¹⁹ actuando en jurisdicción *parens patriae*,²⁰ declaró que los ríos Gange y Yamuna debían ser considerados “entes vivos investidos de todos los derechos, deberes y responsabilidades de una persona viva”.²¹ Este primer fallo fue seguido de otro diez días después, que declaró los nevados Gangotri y Yamunotri -donde nacen el Gange y el Yamuna – así como todo su ecosistema, como “personas jurídicas, personas artificiales que tienen el estatuto de personas jurídicas con todos los derechos, deberes y responsabilidades que tienen las personas vivas, esto con el fin de preservarlas y conservarlas”.²²

¹⁹ Uttarakhand (palabra derivada del sánscrito que significa país del Norte) está ubicado al norte de India, fronterizo con Nepal por el sureste, con Nepal y el Tibet por el noreste y con los Estados indios del Himachal Pradesh y del Uttar Pradesh (de donde se desprendió en el 2000 por razones a la vez económicas, culturales e identitarias: algunos comentaristas explican que los habitantes de Uttarakhand son a la vez más modestos, más cultivados y más “civilizados” que los del Uttar Pradesh (donde la corrupción tiene fama de ser el deporte nacional de acuerdo con el diario Le Monde, “En Uttar Pradesh, la corruption à ciel ouvert”, 11.02.2017).

²⁰ “Doctrina” en el sentido inglés del término jurídico o principio según el cual el Estado (históricamente el Rey) está autorizado para actuar judicialmente para proteger el bienestar de sus ciudadanos que no pueden actuar ellos mismos (los menores, los incapaces mentales). Posteriormente esta doctrina terminó diciendo que un tribunal tiene el derecho de tomar una decisión protectora de los intereses de una persona cuando ésta es incapaz de hacerlo (v. *Black’s Law Dictionary Free Online Legal Dictionary*, 2nd Ed. <https://thelawdictionary.org/parens-patriae/>).

²¹ High Court of Uttarakhand, Mohd Salim v State of Uttarakhand & others, Writ Petition (PIL) No.116 of 2015, 20 mars 2017: “§19. Accordingly, while exercising the *parens patriae* jurisdiction, the Rivers Ganga and Yamuna, all their tributaries, streams, every natural water flowing with flow continuously or intermittently of these rivers, are declared as juristic/legal persons/living entities having the status of a legal person with all corresponding rights, duties and liabilities of a living person in order to preserve and conserve river Ganga and Yamuna”. Disponible en: <<http://lobis.nic.in/ddir/uhc/RS/orders/22-03-2017/RS20032017WPPIL1262014.pdf>> y <<https://drive.google.com/file/d/0BzXilfcxe7yuM3VRWTZDeEtmSGc/view>>.

²² High Court of Uttarakhand, Writ Petition (PIL) No.140 of 2015, 30 march 2017: “2. We, by invoking our *parens patriae* jurisdiction, declare the Glaciers including Gangotri & Yamunotri, rivers, streams, rivulets, lakes, air, meadows, dales, jungles, forests wetlands, grasslands, springs and waterfalls, legal

El terreno estaba ya preparado. Por un lado la polución del Gange no data de ayer y no es ningún secreto para nadie. La Corte misma cita varios artículos de prensa internacional que hablan del deplorable estado de ese río. Por otro lado, el tema de la personalidad jurídica de los entes naturales, incluido en India, ocupa ampliamente las páginas Web.²³ Varias asociaciones, locales o globales, militan por el reconocimiento de derechos al Gange (National Gange River Rights Act)²⁴ y la adopción de una ley que consagre específicamente sus derechos, haciendo referencia explícita a lo que existe en Nueva Zelanda, Colombia o Bolivia.²⁵

La influencia de la ley adoptada en Nueva Zelanda y anunciada en la prensa fue considerable y se encuentra en el dispositivo utilizado. La Alta Corte declara que las entidades naturales deben ser jurídicamente consideradas como personas menores a las que la Corte atribuye parientes (in loco parentis) capaces de actuar a nombre de ellas. En lo concerniente a los ríos, la Corte atribuye esa calidad al Director del programa NAMAMI de saneamiento del Gange (programa que data de 2016), al secretario en jefe del Estado de Uttarakhand y al representante del ministerio público del Estado de Uttarakhand que tiene por misión “conservar y preservar los ríos Gange y Yamuna y sus respectivos afluentes”. En lo que concierne a los glaciares de donde nacen esos ríos, esas mismas tres personas son declaradas “parientes”. La Corte añade cuatro personas más y les confía la misión de proteger, conservar y preservar

all the Glaciers including Gangotri & Yamunotri, rivers, streams, rivulets, lakes, air, meadows, dales, jungles, forests wetlands, grasslands, springs and waterfalls in the State of Uttarakhand. These Officers are bound to uphold the status of these bodies and also to promote their health and well being.

entity/legal person/juristic person/juridical person/moral person/artificial person having the status of a legal person, with all corresponding rights, duties and liabilities of a living person, in order to preserve and conserve them. They are also accorded the rights akin to fundamental rights/legal rights”. Disponible en: <lobis.nic.in/ddir/uhc/RS/judgement/31-03-2017/RS30032017WPPIL1402015.pdf>. Debemos resaltar la combinación de insistencia y duda que traduce la multiplicidad de las calificaciones jurídicas utilizadas en el fallo.

²³ Un ejemplo entre otros: <https://www.outsideonline.com/2102536/parks-are-people-too> (3 August 2016).

²⁴ The National Ganga River Rights movement; Ganga Action Parivar; Global Interfaith WAH Alliance, India; The Community Environmental Legal Defense Fund (CELDf).

²⁵ En la página Web de The National Ganga River Rights movement (<http://www.gangarights.org/ganga-right-act/why-the-ganga-needs-rights/>).

Notamos una ligera diferencia entre los dos dispositivos retenidos: en lo concerniente a los ríos, la Corte se dirige a los responsables que están en ellos; en lo concerniente a los nevados, la Corte añade que el representante del Estado de Uttarakhand puede cooptar, dentro del límite de siete personas, a representantes de ciudades y pueblos de Uttarakhand “con el fin de darle una representación a las comunidades que viven sobre las orillas de los ríos y a proximidad de los lagos y glaciares”.

1.3. Discusión

Así, tanto en Colombia como en India, la personalidad jurídica se reconoce no para reparar un perjuicio histórico y realizar compromisos políticos, como es el caso en Nueva Zelanda, sino para obligar a las autoridades públicas a actuar contra la polución de los ríos con miras a preservar a la vez la salud de éstos y la de las poblaciones que viven en sus riberas. Existe claramente un reconocimiento de los derechos de la naturaleza por ella misma y la puesta en relieve de una concepción ecocéntrica a través de muchas declaraciones de las que hablaremos en otra oportunidad. Pero más allá de una inspiración común, conviene resaltar esta fuerte divergencia que se tiene con el ejemplo neozelandés, el cual busca primero encontrar una solución pragmática a un problema jurídico e histórico, cual es la apropiación de los recursos y las tierras.

Existe en cambio una gran diferencia entre la situación india y la colombiana basada en el fundamento jurídico de la solución emitida.

2. Las dificultades conceptuales y empíricas

¿Podríamos hablar de un modelo transnacional – así sea débil – de derechos para los ríos? Acabamos de ver que, así los dispositivos prácticos sean parecidos, las finalidades buscadas son diferentes. Podríamos formular las cosas de manera inversa y resaltar la proximidad de los dispositivos pese a la diversidad de las finalidades buscadas.

Pero un análisis de los argumentos hace pensar que los discursos jurisprudenciales todavía carecen de fundamentos comunes para poder hablar de un modelo transnacional. A este respecto, resulta sorprendente ver cómo los argumentos jurídicos que sirven de base a los jueces

dependen del contexto cultural y hasta qué punto las referencias son diversas, pues relevan muchas dificultades conceptuales y empíricas.

2.1. La búsqueda de un fundamento jurídico a la personalidad jurídica de los ríos

En la medida en que ni en Colombia ni en la India existe un texto constitucional que imponga un concepto ecocéntrico de la naturaleza que le reconozca a ésta un valor intrínseco, serán los jueces los encargados de construirlo. Existen por lo menos dos maneras de hacerlo: sacándolo de los textos constitucionales y mostrando que el derecho positivo lo contiene así sea de manera implícita; o situándose más allá del texto constitucional y hasta de su espíritu e invocando un orden objetivo que le imponga adoptar al derecho una concepción ecocéntrica. La Corte constitucional colombiana adopta la primera estrategia y los jueces de la Alta Corte de Uttarakhand adoptan la segunda. La diferencia radica en la postura que cada una de esas cortes tiene en su orden jurídico respectivo.

2.1.1. La estrategia de la Corte colombiana

Así la Corte Constitucional colombiana no haya conferido personalidad jurídica a un río, toda su argumentación se orienta a mostrar que esa personalidad no tiene nada de excepcional dentro de su propia jurisprudencia, abundante en materia de protección del medio ambiente y de derechos de las poblaciones autóctonas. De hecho, a partir de una decisión T-411 del 17 de junio de 1992, la Corte considera que la Constitución colombiana es fundamento de validez no solo del orden jurídico sino también de la vida social y política puesto que prefigura un modelo de sociedad. Por lo tanto, contiene también una constitución económica, una constitución social, una constitución ecológica y una constitución cultural.²⁶ Esa constitución ecológica resulta de una

²⁶ Corte Constitucional, sentencias T-411 1992, 17 junio 1992, p. 6: "La Constitución no es sólo el fundamento de validez del ordenamiento - en la medida que regula la creación jurídica -, sino que contiene el orden jurídico básico de los diversos sectores de la vida social y política. Prefigura un modelo de sociedad. Por lo tanto de ella surge una Constitución económica, con su tríptico: propiedad, trabajo, empresa; una Constitución social, con la legislación de sus relaciones; una Constitución ecológica y una Constitución cultural" [Esta noción de Constitución ecológica ha sido muchas veces recordada: T-380 de

interpretación “sistemática, axiológica y finalista” de 34 disposiciones constitucionales. Por otro lado, desde su decisión T-406 de 1992, la Corte ha realizado una interpretación extensiva del artículo primero de la Constitución, según el cual “Colombia es un Estado Social de Derecho”, de la cual resulta un principio cardinal del orden jurídico-político que le impone a todas las autoridades públicas el promover condiciones de vida dignas y luchar contra las desigualdades. Según la Corte, “la Constitución reconoce el carácter de interés superior del derecho fundamental a un ambiente sano” y “el medio ambiente y la biodiversidad han adquirido progresivamente connotaciones socio-jurídicas importantes”, de manera que “la defensa del medio ambiente no constituye únicamente un objetivo primordial al seno de la estructura del Estado social de derecho sino que integra, de manera esencial, el espíritu que anima en conjunto de la Constitución política”.²⁷

La Corte puede igualmente basarse en tres decisiones de 2015 en las cuales hace un análisis exhaustivo de su propia jurisprudencia para concluir que, desde 1922, ha tenido siempre una posición pluralista en materia de ética de la naturaleza y que sus decisiones la han conducido a atenuar la posición antropocéntrica dominante en provecho de una posición más holística que reconoce los deberes de los seres humanos frente a la naturaleza y, finalmente, una posición eco-céntrica, que reconoce a la naturaleza como “un auténtico sujeto de derechos que respalda cosmovisiones plurales y alternativas a la posición mayoritaria”.²⁸

Meses después, la Corte reitera esta misma afirmación y añade que

es claro que la Constitución proporciona una combinación de deberes contigo al reconocimiento de derechos, los cuales deben propender por que en los próximos años se logre una transformación de las relaciones con la naturaleza. Lo anterior puede lograrse si se replantea el

1993, C-058 de 1994, T-349 de 1996, T-496 de 1996, SU-039 de 1997, T-652 de 1998, C-595 de 2010, C-632 de 2011, C-331 de 2012, T-080 de 2015, T-256 de 2015, T- C-699/15, 766 de 2015 et C-035 de 2016].

²⁷ Corte Constitucional, sentencias T-411 de 1992 y T-046 de 1999.

²⁸ Sentencia T-080 2015 del 20 de febrero de 2015, p. 36 y C-449/15 del 16 de julio de 2015, §4.3, p. 22 : “La preocupación por salvaguardar los elementos de la naturaleza fueran estos bosques, atmósfera, ríos, montañas, ecosistemas, etc., no por el papel que representan para la supervivencia del ser humano, sino principalmente como sujetos de derechos individualizables al tratarse de seres vivos, constituye un imperativo para los Estados y la comunidad. Solo a partir de una actitud de profundo respeto con la naturaleza y sus integrantes es posible entrar a relacionarse con ellos en términos justos y equitativos, abandonando todo concepto que se limite a lo utilitario o eficientista”.

entendimiento que tiene hombre de los ecosistemas que lo rodean desde una mirada económica y jurídica (...). En suma, el medio ambiente es un bien jurídico constitucionalmente protegido autónomamente cuya preservación debe procurarse no sólo a través de acciones aisladas del Estado, sino con la concurrencia de los individuos y la sociedad.²⁹

De la naturaleza como sujeto de derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica de un río, el camino es corto. La decisión de 2016 es entonces menos innovadora de lo que se haya podido pensar o decir. Añade una piedra a un edificio que ya está bastante avanzado. Pero a esta construcción le falta un elemento que pueda justificar no el reconocimiento de la personalidad jurídica de todos los ríos de manera general, sino del río Atrato en particular. De igual manera, de suponer que la polución del río esté al origen de los daños sufridos por los pobladores, falta ver si que estas poblaciones serán asociadas a la gestión del río.

Pero la Corte carece de la cosmología de las poblaciones del Chocó, que el derecho positivo colombiano puede traducir e incorporar, como ocurre en el caso de Nueva Zelanda, para permitir que se tome en cuenta la relación específica que tienen esas poblaciones con el río. A falta de una cosmología que establezca ese vínculo antiguo, éste es creado por la Corte. Para hacerlo, utiliza (si no me equivoco, por primera vez) el concepto de “derechos bioculturales” que Sanjay Kabir Bavikatte y otros, han promovido desde algunos años. Este concepto busca presentar la especificidad de la relación entre una población y el territorio que la habita, fundamentada en la tradición y las costumbres. Si, en derecho positivo, esta relación puede provenir de la propiedad, esta categoría es poco satisfactoria puesto que esos derechos encuentran su fundamento en una relación implícita y tradicional con la tierra que crea una obligación de gestión o administración duradera, eficiente (empleamos en inglés el término de “stewardship” cuya traducción no es fácil)³⁰ – en una palabra, no utilitarista – de los recursos naturales y fundamentalmente respetuosa de la naturaleza. Esta relación

²⁹ Corte Constitucional, sentencias T-606/15 del 21 de septiembre de 2015. En julio, así como en septiembre de 2015, la Corte se refiere a un artículo de de Diana Aurenque consagrado a la figura muy controversial de Ludwig Klages, autor de una pequeña obra aparecida en 1913 [*Mensch und Erde*, Jena, Diederichs, 1913] *El Hombre y la Tierra*. Psicólogo, inventor de la grafología, Klages era también antisemita y racista; aparece como el precursor del “ecofacismo”. Los Nazis trataron en vano de recuperarlo y terminaron atacándolo. Ver STEPHAN, 2010, p. 9-34 y PELLETIER, 2008.

³⁰ BOLLIER, 2014b, p. 12. En la versión francesa del libro, el traductor escogió: “satisfacción de las necesidades y gestión responsable”, v. BOLLIER, 2014a, p. 16.

supone evidentemente una concepción económica muy distinta de la economía de mercado porque se sitúa por fuera de la relación que genera inevitablemente el sistema capitalista de apropiación de los recursos y que busca acrecentar la producción y la riqueza.³¹

La Corte, por su parte, dice:

Los denominados derechos bioculturales, en su definición más simple, hacen referencia a los derechos que tienen las comunidades étnicas a administrar y a ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios -de acuerdo con sus propias leyes, costumbres- y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad. En efecto, estos derechos resultan del reconocimiento de la profunda e intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas e indígenas que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente.³²

Así, la Corte no se contenta con interpretar la Constitución sino que introduce un nuevo concepto que le permite hacer prevalecer un punto de vista ecocéntrico echando abajo la jerarquía occidental de valores como

³¹ BAVIKATTE; BENNETT, 2015, p. 8: "The term 'biocultural' has a long pedigree. (...) it has been used widely by communities, academics and civil society to indicate a way of life that has developed out of a holistic relationship between Nature and culture. Hence, biocultural rights affirm the bond between indigenous, tribal and other communities with their land, together with the floral, faunal and other resources in and on the land. In the literature, this relationship is generally described as one of stewardship" y p. 10-11: "Biocultural rights emerged contemporaneously with the appearance of environmental and indigenous rights, but almost unnoticed. *These rights differ from the general category of indigenous rights because they presuppose an explicit link to the conservation and the sustainable use of biological diversity, and because the group need not necessarily be indigenous.* The word 'biocultural' is a catchall term that connects communities, land and its resources, its tenure systems and its ecosystems. Although this connection is realized through the rights to property, biocultural rights are not a simple property claim, which would imply a hitherto excluded group demanding property in the typical market sense of property, i.e., a universally commensurable, commodifiable and alienable thing. On the contrary, biocultural rights are derived from a traditional tenure of land implicit in which is an obligation of stewardship". (Subrayo). V. también BAVIKATTE, 2014 y CHEN; GILMORE, 2015.

³² Corte Constitucional, sentencias T. 622-16, p. 48, §5.11 et §9.28 : "En este contexto, para la Sala resulta necesario avanzar en la interpretación del derecho aplicable y en las formas de protección de los derechos fundamentales y sus sujetos, debido al gran grado de degradación y amenaza en que encontró a la cuenca del río Atrato. Por fortuna, a nivel internacional (...) se ha venido desarrollando un nuevo enfoque jurídico denominado derechos bioculturales, *cuya premisa central es la relación de profunda unidad e interdependencia entre naturaleza y especie humana, y que tiene como consecuencia un nuevo entendimiento socio-jurídico en el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de derechos. Esto es, como sujetos de derechos*" (Resalto).

ocurre con las poblaciones autóctonas.³³ Y para relativizar la innovación, la Corte invoca varios textos internacionales entre los cuales está la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos autóctonos de 2007, pero ninguno hace explícita referencia al concepto de derechos bioculturales.

Así, aparece claramente por un lado que el fundamento jurídico de la decisión de la Corte no se limita a la Constitución colombiana y, de otro lado, que la protección de la salud del río es un fin en sí mismo pero no está separada de la salud de las poblaciones riberañas afectadas por la contaminación química del río.

2.1.2. La estrategia de la Alta Corte de Uttarakhand

Las decisiones de la Alta Corte, y sobre todo el segundo fallo, utilizan un gran número de argumentos que buscan justificar, por un lado, que los entes naturales -ríos, glaciares y montañas- puedan ser reconocidos como personas jurídicas y, por otro lado, que una protección específica recaiga sobre ciertos entes.

El primer punto no es tan difícil. El derecho indio reconoce desde hace tiempo la calidad de persona jurídica a entes no humanos, sobre todo a los ídolos.³⁴ En una decisión del 20 de marzo de 2000 relativa a la cuestión de saber si el Guru Granth Sahib (el libro santo de los Sikhs, que lo consideran su maestro espiritual y eterno) podía ser considerado persona jurídica,³⁵ La Corte suprema respondió positivamente a esa pregunta y expuso que, en opinión de la doctrina jurídica autorizada y de las jurisdicciones a través del mundo, la personalidad jurídica podía reconocerse a cualquier ente, así fuera religioso, “con el fin de satisfacer las necesidades y la fe de la sociedad” y que una vez reconocida esa

³³ TSOSIE, 1996, p. 276: “a perception of the earth as an animate being; a belief that humans are in a kinship system with other living things; a perception of the land as essential to the identity of the people; and a concept of reciprocity and balance that extends to relationships among humans, including future generations, and between humans and the natural world”.

³⁴ ANNOUSSAMY, 2001, p. 295, dice que, contrariamente al cristianismo en el cual “la Iglesia es quien posee la personalidad y es la destinataria de las donaciones, en la India, por el contrario, el culto consiste en adular al ídolo como si fuera un ser vivo y ello ha conducido naturalmente a que se le considere como una verdadera persona en el derecho”.

³⁵ Supr. Ct India, 29 mars 2000, *Shriomani Gurudwara Prabandhak Committee, Amritsar vs. Shri Som Nath Dass & Ors.* V. <<https://www.supremecourtfindia.nic.in/jonew/judis/16453.pdf>>.

personalidad, detenta los derechos y obligaciones de que es titular a través de un representante humano que actúe por ella.³⁶

¿Pero por qué utilizar la personalidad jurídica para proteger ríos y ecosistemas?

En lo concerniente a la protección del medioambiente, la Constitución India contiene dos artículos. El 48ª de la Constitución contiene un párrafo titulado “Protección y mejoramiento del medioambiente y protección de bosques y de la vida salvaje”, que dispone que “el Estado debe esforzarse por proteger y mejorar el medioambiente, así como proteger los bosques y la vida salvaje del país”. Por su parte, el artículo 51ª enumera una lista de “derechos fundamentales” que incumben a todo ciudadano Indio, entre los que se encuentra el de “proteger y mejorar el ambiente natural como los bosques, lagos, ríos y la vida salvaje y tener compasión de las creaturas vivas”.

La estrategia de los jueces indios consistió en fusionar las disposiciones constitucionales en materia de protección del medioambiente con la jurisprudencia constitucional relativa a la personalidad jurídica de los entes no humanos, incluidos los religiosos. El resultado es que el Gange y el Yamuna son considerados “personas jurídicas vivas” no únicamente porque hacen parte de la naturaleza y tienen un valor intrínseco, sino también porque son unas divinidades para los hindúes. Por esa misma razón, los glaciares y los ecosistemas donde nacen los ríos deben ser considerados personas jurídicas. Esto sobrepasa claramente de una leve transformación que hizo la Alta Corte del precedente de la Corte suprema que ésta utiliza. Mientras la Corte suprema justifica el recurso a la personalidad jurídica “para responder a las necesidades y la fe de la sociedad”,³⁷ la Alta Corte de Uttarkhand escribe que la personalidad jurídica debe ser reconocida en caso de los ríos para

³⁶ Supr. Ct India, 29 mars 2000, *Shriomani Gurudwara Prabandhak Committee, Amritsar vs. Shri Som Nath Dass & Ors*, p. 9: “it is well settled and confirmed by the authorities on jurisprudence and courts of various countries that for a bigger thrust of socio-political-scientific development evolution of a fictional personality to be a juristic person became inevitable. This may be any entity, living, inanimate, objects or things. It may be a religious institution or any such useful unit which may impel the courts to recognise it. This recognition is for subserving the needs and faith of the society. A juristic person, like any other natural person is in law also conferred with rights and obligations and is dealt with in accordance with law. In other words, the entity acts like a natural person but only through a designated person, whose acts are processed within the ambit of law”.

³⁷ En su decisión de 2000, la Corte suprema insiste mucho en la adaptación de la extensión de la personalidad jurídica de entidades distintas de los humanos a las necesidades sociales.

“proteger el reconocimiento y la fe de la sociedad”.³⁸ Esta confusión puede solo ser un lapsus debido a una redacción precipitada. Sin embargo, pone de relieve dos dificultades: Por un lado, sabemos que gran parte de la población india no considera que el Gange sea sagrado.³⁹ ¿Qué hacer con la otra parte de la población? Por otra parte, si la salud de los ríos es importante porque de ella depende la salud de las poblaciones ribereñas fieles, surge la duda de hasta qué punto el uso del río con fines religiosos está también al origen de la polución.⁴⁰ Porque definitivamente poluciona. Entonces podemos preguntarnos si es pertinente preservar la salud de los ríos con miras a preservar la salud de los fieles que, con sus prácticas, contribuyen a deteriorar la salud de los ríos... Y en esas condiciones el ecocéntrismo que traduce el argumento acerca del valor intrínseco – según el cual la naturaleza es buena en sí misma “independientemente de toda causa (porque Dios la creó) y de toda consecuencia (porque así las personas son más felices y virtuosas)” (STONE, 1985, p. 52), sale un poco debilitado.

A esta lectura ecocéntrica de inspiración religiosa, los jueces añaden una lectura moral de la Constitución. Esta impone un “deber fundamental” de proteger y mejorar el ambiente natural para “todos los ciudadanos” pero no a las autoridades estatales, que deben “esforzarse en proteger y mejorar el medioambiente”. De otro lado, así se califique de “fundamental” por el texto constitucional, éste no indica lo que significa este adjetivo ni le da explícitamente una connotación moral. Pero eso es justamente lo que hacen los jueces de la India quienes, transformando el texto, afirman:

It is the *fundamental duty* of all the citizens to preserve and conserve the nature in its pristine glory. (...) The Courts are *duty bound* to protect the environmental ecology under the ‘New Environment Justice Jurisprudence’ and also under the principles of *parens patriae*⁴¹ (...) Besides our constitutional and legal duties, *it is our moral duty* to protect the environment and ecology.⁴²

³⁸ “Thus, to protect the recognition and the faith of society, Rivers Ganga and Yamuna are required to be declared as the legal persons/living persons” (Subrayo).

³⁹ V. BARUAH, 2016.

⁴⁰ GOSWAMII; MAZUMDAR, 2016, y Times of India. Idol immersion makes Ganga polluted. Oct 13, 2016. Disponible en: <<https://timesofindia.indiatimes.com/city/patna/Idol-immersion-makes-Ganga-polluted/articleshow/54818772.cms>>.

⁴¹ HC Uttarakhand, 30 mars 2017 (Subrayo).

⁴² HC Uttarakhand, 30 mars 2017, p. 59.

Resulta tentador distinguir, entre esas razones, las jurídicas de las morales.⁴³ Pero debemos resaltar que los jueces dejan de comportarse como jueces y se comportan también como ciudadanos, confortando un “activismo judicial” tantas veces denunciado en la India⁴⁴ que restablece el vínculo entre derecho y moral.

A este respecto, debemos mencionar la referencia asombrosa a lo que los jueces llaman “New Environment Justice Jurisprudence” que no desarrollan pero confirmaría la lectura moral que ellos mismos hacen. Existe en efecto una corriente de teoría jurídica llamada “Earth Jurisprudence” – o también “Wild Law” - desarrollada sobre todo por Cormac Cullinan (2011) y Peter Burdon (2014) luego de los trabajos de Thomas Berry (2000). Se trata de una concepción del derecho explícitamente iusnaturalista, de inspiración Tomista, según la cual debemos distinguir dos tipos de derecho, jerárquicamente organizados y ligados el uno al otro: por encima del derecho positivo humano existe un “Great Law” que se refiere al principio de la comunidad biótica.⁴⁵

Los jueces de la India desconocen la decisión de la Corte constitucional colombiana del 10 de noviembre de 2016 sobre el Río Atrato. Y posiblemente se pudieran sentir poco concernidos por los derechos bioculturales de las poblaciones indígenas que esa decisión reconoce. Los jueces de Uttarakhand no buscan defender intereses de pueblos autóctonos hacia su territorio ni el vínculo ancestral que éstas puedan tener con él y que podría servir de fundamento a una reclamación de derechos que mezcle las preocupaciones culturales y ecológicas. Lo que motiva más a los jueces de la India, es permitir que los ríos y su entorno natural puedan recobrar la salud inicial con el fin de permitirles a los hindúes seguir practicando sus ritos.

Así esas intenciones sean buenas, chocan con algunos límites socio-empíricos.

⁴³ V. MAGALLANES, 2018, p. 216-239.

⁴⁴ Acerca de l’activismo de los jueces indios, v. RAJAMANI, 2009, p. 364, que identificaba un poder judicial “proactive”: “India’s ability to effect changes domestically is shaped by several factors. (...) The judiciary, through public interest litigations, plays a much larger role than is customary in policy-making and even governance” y RAJAMANI, 2013, que juzga que: “although there is a favorable judicial environment for rights-based climate change litigation, rights-based claims relating to mitigation may both be less forthcoming and less well received than rights-based claims relating to adaptation”.

⁴⁵ Asimismo, nos sorprendemos de que los jueces no hayan hecho referencia al caso *K.M. Chinnappa v. Union of India*, en el cual el juez Arijit Pasayat, redactor de la opinión de la Corte, comienza diciendo: “By destroying nature, environment, man is committing matricide, having in a way killed Mother Earth”.

2.2. Los límites socio empíricos de una innovación jurídica

Dos límites merecerían ser señalados: el uno geográfico y el otro socio-político de los mismos jueces.

2.1.1. Un problema de geografía y una cuestión política

La primera dificultad empírica es de orden geográfico y concierne esencialmente la situación del Gange. Esta conduce a plantear una cuestión política delicada.

En efecto, por más de que las intenciones de los jueces de la Alta Corte de Uttarakhand sean nobles, debemos resaltar la diferencia que existe entre la situación del río Gange, el río Whanganui y el río Atrato desde el punto de vista geográfico (LOKGARIWAR, 2017). Primero en términos de escala : el río Whanganui es el tercero de Nueva Zelanda pero solo mide 290 kilómetros; el Atrato es el río que tiene la mayor presión de agua en Colombia pero solo mide 750 kilómetros, cuando el Gange mide 2525 kilómetros y el Yamuna 1376 kilómetros. Segundo, en términos de población: la densidad de la población del Whanganui es de 10,3 hab./km², lo que representa un total de 76 000 personas, mientras que el río Atrato tiene una densidad de 22,9 habitantes por km² y un total de 500 000 personas en todo el departamento del Chocó. La cuenca del Gange cuenta, en población únicamente hindú, casi 450 millones de personas. Y llegamos así a otro punto de la comparación: el Whanganui sólo corre en una misma región, que constituye una unidad política en sí misma; el Gange recubre cuatro países y once estados de la India.⁴⁶ Esto lo resaltaba el portavoz del gobierno de Uttarakhand para justificar la contestación de la decisión de la Alta Corte ante la Corte Suprema.⁴⁷

⁴⁶ India, le Nepal, China y Bangladesh; el Himachal Pradesh, Uttarakhand, Uttar Pradesh, Madhya Pradesh, Chhattisgarh, Bihar, Jharkhand, Punjab, Haryana, Rajasthan, West Bengal y Delhi.

⁴⁷ "Since the matter of cleaning the Ganga is not just restricted to Uttarakhand, as it also flows through West Bengal, how could the Chief Secretary and the Advocate General tackle all the issues related to the river" Disponible en: <<https://www.livelaw.in/centre-approaches-sc-uttarakhand-hcs-order-declaring-ganga-living-legal-entity/>>, y también: "Our government appreciates the High Court order, but how can the Uttarakhand chief secretary be responsible for anything happening to the Ganga and Yamuna in other states (through which the rivers pass)? Does the chief secretary have the authority to ask the Centre or other state governments to follow his instructions?". Por otro lado, una de las alegaciones contra el fallo del 20 de marzo fue que si un litigio surge por el hecho de ilegalidades cometidas en otros Estados distintos a Uttarakhand, el jefe de gobierno de este último no puede

En esas condiciones podemos preguntarnos si la personificación jurídica del Gange y el Yamuna resulta compatible con su actual uso: son ecosistemas importantes que, así estén polucionados, constituyen un medio de subsistencia para las poblaciones más vulnerables que son a la vez musulmanas, hindúes de baja casta y tribus nómadas que utilizan los recursos del río (peces, hierbas, moluscos) para completar su alimentación. Su personificación modificaría profundamente esos usos. De donde surge la pregunta socio- política que se plantean algunos: ¿será posible que el fallo del 20 de marzo de 2017 pueda ser utilizado como un arma para marginalizar a esos grupos de personas en el futuro? (LOKGARIWAR, 2017).

2.1.2. La impotencia económica de los jueces

Otra dificultad empírica concierne el financiamiento del dispositivo puesto en marcha. En el caso neo-zelandés, importantes sumas de dinero fueron movilizadas por el gobierno para permitir el funcionamiento de este sistema complejo de gestión del río. La ley prevé la creación de un fondo – Te Korotete o Te Awa Tupua – de 30 millones de dólares para sostener los derechos de Ta Awa Tupua, así como 200.000 dólares anuales durante 20 años como contribución a los gastos asociados con el funcionamiento de Te Pou Tupua y 430.000 dólares para el desarrollo de la Estrategia del río. Este dispositivo convencional convertido en legislativo se acompaña de una indemnización importante de las tribus maori que son reparadas por el gobierno neo-zelandés por hasta 80 millones de dólares de gastos judiciales.

En el dispositivo que instauró la Corte colombiana, falta lo esencial, que tampoco aportan las éticas medioambientales: el dinero. Si esta decisión es importante desde el punto de vista simbólico, filosófico y hasta jurídico en razón de los derechos que reconoce a las poblaciones como al río, no ha producido los efectos sociales y ambientales que hubiera podido producir. Desde esta última perspectiva su impacto ha sido casi nulo.

Hasta hoy, pasa lo mismo con las decisiones de los jueces de la Alta Corte de Uttarakhand, las cuales han producido una reacción inmediata de

adoptar ninguna medida contra otro Estado de la federación India, de manera que el Estado de Uttarakhand no puede por sí solo declarar que el Gange y el Yamuna son personas jurídicas o seres vivos. V. <<https://indianexpress.com/article/india/uttarakhand-doesnt-want-living-person-status-for-ganga-yamuna-4723578/>>.

parte del Estado de Uttarakhand, quien presentó una apelación ante la Corte Suprema de la India que suspendió la aplicación del primer fallo.⁴⁸

La revolución anunciada no está entonces sino en sus primeros pasos y la emergencia de un modelo transnacional de derechos de la naturaleza que algunos perciben no podrá contentarse solo con el activismo judicial. Si David Boyd resalta que los tribunales son conscientes de que una revolución está en curso, conviene resaltar que por no provenir del legislador, la personificación jurídica de los entes naturales es frágil y hasta platónica.⁴⁹

La revolución anunciada solo está en sus primeros pasos y la emergencia de un modelo transnacional de derechos de la naturaleza que algunos perciben no puede contentarse solo del activismo judicial. David Boyd tiene razón al observar que los tribunales reconocen que una revolución está operando, pero se debe resaltar que, por no ser obra del gobierno ni del legislador sino solo de los jueces, la personificación jurídica de los entes naturales es frágil y hasta platónica. Si el ejemplo de Nueva Zelanda demuestra que volver los bienes inalienables y sacarlos del comercio tiene un costo, ese costo no es poco. Los ejemplos colombiano e indio muestran que los jueces en materia de política ecológica no pueden decidir solos. No tienen ni el poder ni los medios para hacerlo.

Referencias

ANNOUSSAMY, David. Personnalité de l'idole hindoue. In: ANNOUSSAMY, David. **Le droit indien en marche**, Paris: Société de Législation Comparée, 2001.

BANNER, Stuart. Two Properties, One Land: Law and Space in Nineteenth-Century New Zealand. **Law & Social Inquiry**, vol. 24, n. 4, p. 807-852, 1999.

⁴⁸ Uttarakhand v Mohd Salim Petition for Special Leave to Appeal 016879/2017, Supreme Court of India 2017. Disponible en: <www.supremecourtindia.nic.in/supremecourt/2017/18199/18199_2017_Order_07-Jul-2017.pdf>.

⁴⁹ Inversamente, en virtud de la Deliberación n°2016-13/API del 6 de abril de 2016 sobre adopción del Código del medioambiente de la provincia de las Islas Lealtad, *Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie*, 23 junio 2016, p. 5941, el artículo 110-346 dispone: "El principio unitario de vida que significa que el hombre pertenece al ambiente natural que lo rodea y concibe su identidad en los elementos de este ambiente natural, constituye el elemento fundador de la sociedad kanak. Con el fin de tener en cuenta de esta concepción de la vida y de la organización social kanak, a algunos elementos de la Naturaleza se les podrá reconocer la personería jurídica que les dote de los derechos que les son propios, de conformidad con las disposiciones legislativas y reglamentarias vigentes".

BARUAH, Mitul. **Suffering for Land: Environmental Hazards and Popular Struggles in the Brahmaputra Valley (Assam)**, India. Dissertation (Doctor of Philosophy). Syracuse: Syracuse University, 2016.

BAVIKATTE, Sanjay Kabir. **Stewarding the Earth: Rethinking Property and the Emergence of Biocultural Rights**. Delhi: Oxford University Press, 2014.

BAVIKATTE, Sanjay Kabir; BENNETT, Tom. Community Stewardship: The Foundation of Biocultural Rights. **Journal of Human Rights and the Environment**, vol. 6, n. 1, p. 7-29, 2015.

BERRY, Thomas. **The Great Work: Our Way into the Future**. New York: Bell Tower, 2000.

BOLLIER, David. **La renaissance des communs. Pour une société de coopération et de partage**, trad. fr. Olivier Petitjean. Paris: Charles Léopold Mayer, 2014a.

BOLLIER, David. **Think Like a Commoner: A Short Introduction to the Life of the Commons**. British Columbia: New Society Publishers, 2014b.

BOYD, David R. **The Rights of Nature: A Legal Revolution That Could Save the World**. Toronto: ECW Press, 2017.

BURDON, Peter D. **Earth Jurisprudence. Private Property and the Environment**. London: Routledge, 2014.

BURDON, Peter. The Rights of Nature: Reconsidered. **Australian Humanities Review**, vol. 49, p. 69-89, 2010.

CALDERWOOD, Kathleen. Why New Zealand is granting a river the same rights as a citizen. **abc.net.au**, 6 September 2016.

CHEN Cher Weixia; GILMORE, Michael. Biocultural Rights: A New Paradigm for Protecting Natural and Cultural Resources of Indigenous Communities. **The International Indigenous Policy Journal**, vol. 6, n. 3, 2015 (<https://ir.lib.uwo.ca/iipj/vol6/iss3/3>).

CULLINAN, Cormac. **Wild Law. A Manifesto for Earth Justice**. 2nd edn. Totnes, UK: Green Books, 2011.

DAVID, Victor. La nouvelle vague des droits de la nature. La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui, Gange et Yamuna. **Revue juridique de l'environnement**, n. 42, p. 409-424, 2017.

DAVID, Victor. Le fleuve Whanganui, sujet de droit. In: BLAISE, Séverine ; DAVID, Carine; DAVID, Victor (dir.). **Le développement durable en Océanie, vers une nouvelle éthique?** Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2015.

GOSWAMII K.; MAZUMDAR, Ipsita. How Idol Immersion is Polluting The Ganga River in Kolkata, West Bengal: An Overview Medical Science. **Indian Journal of Applied Research**, vol. 6, n. 10, p. 260-463, 2016.

LEVINE, Hal. Personifying the Whanganui River. Ecological Solution or Political Stratagem? **Books and Ideas**, 21 December 2017. Disponible en línea: <<http://www.booksandideas.net/Personifying-the-Whanganui-River.html>>.

LOKGARIWAR, Chicu. The Sad State of These Persons Called Ganga & Yamuna – Can State Protect Them? April 11, 2017. Disponible en: <<https://sandrp.in/2017/04/11/the-sad-state-of-these-persons-called-ganga-yamuna-can-state-protect-them/>>.

MACPHERSON, Elizabeth; OSPINA, Felipe Clavijo. The Pluralism of river rights in Aotearoa, New Zealand and Colombia. **The Journal of Water Law**, vol. 25, p. 283-293, 2018.

MAGALLANES, Catherine J. Iorns. From Rights to Responsibilities Using Legal Personhood and Guardianship for Rivers. In: MARTIN, Betsan; AHO, Linda Te; HUMPHRIES-KIL, Maria (dir.). **ResponsAbility. Law and Governance for Living Well with the Earth**. London: Routledge, 2018, p. 216-239.

MAGALLANES, Catherine J. Iorns. Maori Cultural Rights in Aotearoa New Zealand: Protecting the Cosmology That Protects the Environment. **Widener Law Review**, vol. 21, n. 2, p. 273-327, 2015a.

MAGALLANES, Catherine J. Iorns. Nature as an Ancestor: Two Examples of Legal Personality for Nature in New Zealand. In: CAMPROUX-DUFFRENE, Marie-Pierre ; SOHNLE, Jochen (dir.). **La représentation de la nature devant le juge: approches comparative et prospective**, VertigO, n. 22, Hors-série, Septembre 2015b.

MAGALLANES, Catherine J. Iorns. The Use of Tangata Whenua and Mana Whenua in New Zealand Legislation: Attempts at Cultural Recognition. **Law and Language. Victoria University of Wellington Law Review**, vol. 42, n. 2, p. 259-276, 2011.

MORRIS, James D. K. **Affording New Zealand rivers legal personality: a new vehicle for achieving Maori aspirations in co-management?** (Thesis, Master of Laws), University of Otago, 27 june 2009, 215 p. (<http://hdl.handle.net/10523/191>).

MORRIS, James D. K.; RURU, Jacinta. Giving Voice to Rivers: Legal Personality as a Vehicle for Recognising Indigenous Peoples' Relationships to Water? **Australian Indigenous Law Review**, vol. 14, n. 2, p. 49-62, 2010.

O'DONNELL, Erin L., TALBOT-JONES, Julia. Creating Legal Rights for Rivers: Lessons from Australia, New Zealand, and India. **Ecology and Society**, vol. 23, n. 1, 2018.

O'DONNELL, Erin L., TALBOT-JONES, Julia. Legal Rights for Rivers: What Does This Actually Mean? **Australian Environment Review**, p. 159-162, September 2017.

O'DONNELL, Erin. At the Intersection of the Sacred and the Legal: Rights for Nature in Uttarakhand, India. **Journal of Environmental Law**, vol. 30, n. 1, p. 135-144, 2018.

PELLETIER, Philippe. Ludwig Klages (1872-1956), une prémisses problématique de l'écologie profonde. **Monde Libertaire**, n.1538, 2008.

RAJAMANI, Lavanya. India and Climate Change: What India Wants, Needs, and Needs to Do. **India Review**, vol. 8, n. 3, p. 340-374, 2009.

RAJAMANI, Lavanya. Rights Based Climate Litigation in the Indian Courts: Potential, Prospects & Potential Problems. May 1, 2013, Centre for Policy Research, Climate Initiative, Working Paper 2013/1 (May). Disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=2464927>>.

ROGERS, Nicole; MALONEY, Michelle (eds.), **Law as if Earth Really Mattered: The Wild Law Judgment Project**. Abingdon: Routledge, 2017.

SAGOFF, Mark. On Preserving the Natural Environment. **Yale Law Journal**, vol. 84, n. 2, p. 205-267, 1974.

SALMOND, Anne. **Tears of Rangi: Experiments across Worlds**. Auckland: Auckland University Press, 2017.

SALMOND, Anne. Tears of Rangi: Water, Power, and People in New Zealand. **Journal of Ethnographic Theory**, vol. 4, n. 3, p. 285-309, 2014.

SANDERS, Katherine. "Beyond Human Ownership"? Property, Power and Legal Personality for Nature in Aotearoa New Zealand. **Journal of Environmental Law**, vol. 30, p. 207- 234, 2017.

STEPHAN, Diana Aurenque. Sobre la relevancia de **Hombre y tierra** de Ludwig Klages para el actual debate ecológico. **Revista de Humanidades**, n. 22, p. 9-34, Diciembre 2010.

STONE, Christopher. Should Trees Have Standing Revisited: How Far Will Law and Morals Reach – A Pluralist Perspective? **Southern California Law Review**, vol. 59, n. 1, p. 1-156, 1985.

STONE, Christopher. Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects. **Southern California Law Review**, vol. 45, p. 450-501, 1972.

TSOSIE, Rebecca. Tribal Environmental Policy in an Era of Self-Determination: The Role of Ethics, Economics, and Traditional Ecological Knowledge. **Vermont Law Review**, vol. 21 n. 1 (Symposium: Stewards of the Land: Indian Tribes, the Environment, and the Law), p. 225-334, 1996.