

# Los derechos de la naturaleza y el principio del buen vivir como un giro decolonial en la gobernanza ambiental internacional\*\*

## The Rights of Nature and the Principle of *Buen Vivir* as a Decolonial Turn in International Environmental Governance

### RESUMEN

Este artículo hace una crítica a la estructura actual de la gobernanza ambiental internacional. Para ello se examinan tres iniciativas normativas que buscan fortalecer la gobernanza ambiental en relación con los conflictos armados, el derecho internacional penal y el derecho internacional económico. El objetivo es evidenciar que su común denominador es supeditar la protección del medio ambiente al logro de intereses de tipo antropocéntrico. Así, reproducen una mirada instrumental de la naturaleza, cuya protección jurídica no parte del reconocimiento de su importancia intrínseca, sino de la utilidad o el valor que representa para la especie humana. Además, en el artículo se argumenta que este antropocentrismo no es casual, sino una manifestación de la imaginación jurídica contemporánea forjada por la Modernidad capitalista. Por consiguiente, para proveer respuestas adecuadas a la crisis climática y a las crecientes demandas de justicia ambiental, el derecho internacional debe alejarse epistemológicamente del enfoque antropocéntrico que implica

\* Profesor de carrera e integrante del grupo de investigación en derecho internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Contacto: rafaela.tamayo@urosario.edu.co ORCID ID: 0000-0003-2767-6679.

\*\* Recibido el 11 de noviembre de 2021, aprobado el 5 de julio de 2022.

Para citar el artículo: Tamayo-Álvarez, R. *Los derechos de la naturaleza y el principio del buen vivir como un giro decolonial en la gobernanza ambiental internacional*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 54, enero-abril de 2023, 19-54.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n54.02>

entender las relaciones sociedad-naturaleza desde la lógica capitalista de producir valor. Por ello, se propone que, como giro decolonial, el derecho internacional tenga apertura hacia los derechos de la naturaleza y el principio del buen vivir como conceptos que promueven visiones transformadoras de economía política.

#### PALABRAS CLAVE

Derechos de la naturaleza, principio del buen vivir, antropocentrismo, ecocentrismo, giro decolonial.

#### ABSTRACT

This article criticizes the current structure of international environmental governance. To that end, it examines three normative responses to strengthening environmental protection in armed conflicts, international criminal law, and international economic law. The objective is to demonstrate that the common denominator among them is to subject environmental protection to the achievement of anthropocentric interests. Accordingly, they reproduce an instrumental view of nature, whose legal protection is a function of its utility or value for the human species rather than its intrinsic importance. Nevertheless, the anthropocentrism prevailing in international law is not accidental but an expression of the contemporary legal imagination forged by capitalist modernity. Hence, to provide adequate responses to the climate crisis and the growing demands for environmental justice, international law must epistemologically detach from the anthropocentric approach that conceives society-nature relations from the capitalist logic of producing value. Specifically, the proposal is that, as a decolonial turn, international law should embrace the rights of nature and the principle of *buen vivir* as concepts that promote transformative approaches to political economy.

#### KEYWORDS

Rights of nature, principle of *buen vivir*, anthropocentrism, ecocentrism, decolonial turn.

#### SUMARIO

Introducción. 1. Derecho y constitución de la relación sociedad-naturaleza. 2. Los derechos de la naturaleza y el principio del buen vivir como giro

decolonial. 3. Los límites antropocéntricos de la gobernanza ambiental internacional. 3.1. Conflictos armados y protección del medio ambiente. 3.2. Ecocidio. 3.3. Cláusulas de excepciones generales y arbitraje de tratados de inversión. Conclusiones. Referencias.

## INTRODUCCIÓN

En el marco de la Modernidad<sup>1</sup>, el derecho se ha caracterizado por adoptar un enfoque antropocéntrico frente a la naturaleza. Ciertamente, a la naturaleza no se le reconoce ni protege jurídicamente por su importancia intrínseca, sino por los beneficios que le ofrece a la especie humana<sup>2</sup>. Esta mirada instrumental es parte de lo que Purdy denomina “la imaginación jurídica” en torno a la propiedad, es decir, el conjunto de cambios intelectuales e históricamente contingentes que forjaron en Occidente una estructura de significado sobre cómo entender los fundamentos de dicha institución y su papel en la sociedad<sup>3</sup>. Un ejemplo de ello es la concepción de Locke sobre la propiedad. Locke articuló su teoría de la propiedad partiendo de la premisa de que Dios puso la tierra a disposición de los seres humanos para que estos sacaran el máximo provecho posible de su explotación<sup>4</sup>. Por consiguiente, para Locke la propiedad es el medio de apropiación que les permite a los seres humanos beneficiarse de los frutos que da la tierra antes de que estos se malogren o desperdicien<sup>5</sup>. Vista desde este ángulo, la naturaleza adquiere valor solo cuando los seres humanos mezclan su trabajo con ella, proceso por el que surge la propiedad privada<sup>6</sup>.

El antropocentrismo también suele estar presente en las posturas que se valen del derecho de propiedad para la conservación de la naturaleza. Por ejemplo, de la llamada tragedia de los comunes<sup>7</sup> se infiere la necesidad de privatizar los recursos naturales compartidos objeto de sobreexplotación,

1 Sobre la Modernidad y sus implicaciones, véase Mignolo, W. *The Darker Side of Modernity. Global Futures, Decolonial Options*. Durham y Londres: Duke University Press, 2011.

2 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-622 de 2016, párr. 5.7.

3 Purdy, J. *The Meaning of Property: Freedom, Community and the Legal Imagination*. New Haven: Yale University Press, 2010.

4 Locke, J. *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Madrid: Espasa-Calpe, 1991, 223 y 227.

5 *Ibíd.*, 224-226.

6 *Ibíd.*, 235.

7 Hardin, G. *The Tragedy of the Commons*. En *Science*, new series. Vol. 162, n.º 3859, 1968, 1243-1248.

o de regular su uso<sup>8</sup>. Sin embargo, como herramienta de conservación, el papel del derecho no consiste en proteger al medio ambiente propiamente tal, sino en solucionar, siguiendo un enfoque utilitarista, las externalidades que impiden que se maximice el bienestar general en un escenario de explotación comunitaria de los componentes de la naturaleza<sup>9</sup>. Por consiguiente, persiste una concepción de la naturaleza como un simple objeto que está al servicio de la especie humana, a pesar de que su uso deba hacerse en condiciones que eviten la sobreexplotación.

El antropocentrismo se extiende más allá de la imaginación jurídica frente a la propiedad, permeando el campo del derecho en su totalidad. Por ejemplo, el principio de desarrollo sostenible, piedra angular del diseño de políticas ambientales, está impregnado de antropocentrismo. Esto es así no solo porque en sus orígenes la idea de sostenibilidad predicaba que los recursos del planeta eran para el beneficio de la humanidad siempre que fueran repuestos con otros de igual valor<sup>10</sup>, sino porque, desde la publicación en 1987 del Informe Brundtland, elaborado bajo los auspicios de la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, la sostenibilidad pasó a entenderse como la satisfacción de las necesidades de desarrollo presentes que no compromete la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades<sup>11</sup>. Así, el principio de desarrollo sostenible reproduce la lógica antropocéntrica de satisfacer las necesidades e intereses de la especie humana, aunque supeditada al logro de la equidad intergeneracional<sup>12</sup>.

8 Alexander, G. S. y Peñalver, E. M. *An Introduction to Property Theory*. Nueva York: Cambridge University Press, 2012, 19-22.

9 *Ibíd.*, 17.

10 Bacchus, J. *The Willing World: Shaping and Sharing a Sustainable Global Prosperity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, 21.

11 Brundtland, G. H. *Our Common Future. Report of the World Commission on Environment and Development*. 1987.

12 Kotzé, L. J. y French, D. *The Anthropocentric Ontology of International Environmental Law and the Sustainable Development Goals: Towards an Ecocentric Rule of Law in the Anthropocene*. En *Global Journal of Comparative Law*. Vol. 7, n.º 1, 2018, 5-36. Para la Corte Constitucional de Colombia el concepto de desarrollo sostenible se relaciona con un enfoque biocéntrico hacia la naturaleza. Esta perspectiva comparte con el antropocentrismo la idea según la cual es necesario proteger la naturaleza para evitar que se produzca una catástrofe medioambiental que ponga en riesgo la especie humana. Sin embargo, también va más allá porque, aunque la naturaleza se concibe como un patrimonio ambiental, no se considera que le pertenezca en exclusiva a un grupo de personas en específico, sino a las futuras generaciones y a la humanidad en general. Si bien la perspectiva biocéntrica difiere en este sentido del antropocentrismo, continúa viendo a la naturaleza como un objeto que

En el contexto descrito, este artículo parte de la premisa de que el derecho tiene una función constitutiva frente a las relaciones entre sociedad y naturaleza<sup>13</sup>. Concretamente, las prácticas y los discursos jurídicos justifican y legitiman el dominio de la humanidad sobre la naturaleza. Esto trae consigo un cúmulo de implicaciones sociales. Por ejemplo, el derecho determina el acceso de las personas y las comunidades a los distintos componentes de la naturaleza, suscitando relaciones de poder basadas en su apropiación y distribución. Lo jurídico también permite mercantilizar la naturaleza e incorporarla a las dinámicas del mercado. Asimismo, produce significados socialmente compartidos sobre la naturaleza que no solo la constituyen como destinataria de protección jurídica, sino que, además, establecen límites conceptuales sobre cómo gestionarla y protegerla, e incluso, el grado en que se admite su destrucción<sup>14</sup>.

En este sentido, el principal argumento de este texto es que si el derecho, en su faceta constitutiva de las relaciones sociedad-naturaleza, pretende ofrecer respuestas a los desafíos medioambientales de nuestra era, debe situarse por fuera de los límites epistémicos de la Modernidad capitalista. Esto conlleva aceptar visiones de economía política distintas a la lógica capitalista de producir continuamente valor. Al respecto, el texto propone que, vistos desde el ángulo de la economía política, los derechos de la naturaleza y el buen vivir permiten imaginar otras formas de relacionamiento entre sociedad y naturaleza alejadas del antropocentrismo con el que la Modernidad capitalista entiende la ecología del planeta en términos de producción de valor y maximización de la utilidad para la especie humana. Por lo tanto, el artículo desarrolla un argumento de tipo prescriptivo, consistente en que el derecho internacional debe tener apertura hacia tales conceptos, lo que implicaría reconocer y proteger a la naturaleza por su importancia intrínseca.

está a disposición de los hombres tanto en el presente como en el futuro. Véase Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016, cit., párr. 5.8.

13 Sobre el papel constitutivo del derecho véase González Jácome, J. *Los debates sobre la historia del derecho: de las teorías reflejo a la relativa autonomía del campo jurídico*. En *Historias críticas del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2017, 13-71; Orrego Fernández, D. *Sobre el concepto de autonomía relativa en las investigaciones jurídicas nacionales*. En *Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 21, n.º 1, 2019, 269-291.

14 Sobre el papel constitutivo del derecho frente a la naturaleza véase Cutler, A. C. *New Constitutionalism and the Commodity Form of Global Capitalism*. En Gill, S. y Cutler, A. C. (eds.), *New Constitutionalism and World Order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, 45-62; Mansfield, B. *Introduction: Property and the Remaking of Nature-Society Relations*. En Mansfield, B. (ed.), *Privatization: Property and the Remaking of Nature-Society Relations*. Malden, MA: Blackwell, 2008, 1-13.

Ahora bien, para evidenciar la necesidad de esta ruptura epistémica, el texto también hace un análisis de tipo descriptivo a partir de tres casos de estudio tomados de diferentes regímenes jurídicos del derecho internacional. El primer caso, proveniente del derecho internacional humanitario, es la protección al medio ambiente en relación con los conflictos armados. El segundo, que atañe al derecho internacional penal, es la propuesta de incluir al ecocidio dentro de la lista de crímenes internacionales juzgados por la Corte Penal Internacional. Finalmente, el tercer caso de estudio es tomado del derecho internacional económico y guarda relación con la forma en que los tribunales de arbitraje de tratados de inversión interpretan las cláusulas de excepciones generales consagradas en los acuerdos internacionales de inversión (AI) para salvaguardar la autonomía regulatoria relacionada con el medio ambiente y otros intereses de política pública.

Estos casos fueron seleccionados porque permiten discernir que la actual estructura de la gobernanza ambiental internacional se caracteriza por privilegiar ciertos valores e intereses cuya realización condiciona el grado de protección que se le confiere al medio ambiente. Así, se llega a mostrar que en el derecho internacional prevalece una mirada instrumental de la naturaleza que le resta eficacia a las iniciativas normativas que buscan fortalecer la gobernanza ambiental a nivel global. De ahí la necesidad de materializar, al interior del derecho internacional, una ruptura epistémica que permita orientar la disciplina hacia un modelo alternativo de gobernanza medioambiental que acepte otras formas de relacionamiento entre sociedad y naturaleza situadas más allá de la economía política antropocéntrica propia de la Modernidad capitalista.

Por su parte, la decisión de situar el análisis en el campo del derecho internacional se debe a que este opera como un espacio desde el cual se conciben soluciones y espacios de cooperación con los que se espera afrontar la coyuntura ambiental actual<sup>15</sup>. No obstante, la instauración de mecanismos de derecho internacional suele centrarse en aspectos técnicos, de modo que el fortalecimiento de la gobernanza ambiental pasa por solucionar problemas como la fragmentación entre regímenes o la existencia de lagunas jurídicas<sup>16</sup>. De esta forma, discusiones en las que lo jurídico se entrelaza con lo político, como que desde el derecho internacional se facilita la sobreexplotación de la

15 Véase Naciones Unidas, Asamblea General. *Hacia un pacto mundial por el medio ambiente*. A/72/L.51. 2018.

16 Véase Naciones Unidas, Asamblea General. *Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente (Informe del Secretario General)*. A/73/419. 2018.

naturaleza con el fin de satisfacer la exigencia de acumular recursos asociada con la constante expansión del capitalismo, resultan a menudo silenciadas.

En este sentido, dado que el derecho internacional parece estar llamado a desempeñar un papel central en la gestión de los principales problemas medioambientales de nuestra era, es importante comprender que la gobernanza ambiental internacional, más que ser reforzada normativamente, debe ser enriquecida con perspectivas epistémicas más pluralistas que dejen de privilegiar una mirada antropocéntrica del mundo. Seguidamente, este artículo busca generar reflexión sobre por qué adoptar un modelo alternativo de ecología política basado en el ecocentrismo común a los derechos de la naturaleza y el principio del buen vivir contribuiría a tal propósito.

Luego de esta introducción, el artículo se desarrolla conforme al siguiente orden. Primero, se indaga por el papel del derecho en la constitución de la relación entre sociedad y naturaleza. Segundo, se expone por qué los derechos de la naturaleza y el principio del buen vivir representan un cambio de paradigma frente a la Modernidad capitalista. Tercero, con base en los casos de estudio se explica por qué el derecho internacional sigue teniendo una mirada profundamente utilitarista de la naturaleza, y se exponen las implicaciones derivadas de ello. Por último, se formulan algunas conclusiones.

## 1. DERECHO Y CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN SOCIEDAD-NATURALEZA

¿Qué significa que el derecho sea constitutivo de las relaciones entre sociedad y naturaleza? Esta pregunta debe abordarse desde la economía política. Efectivamente, Gudynas observa que la naturaleza es vista en la Modernidad capitalista como un espacio salvaje para ser conquistado y dominado por la humanidad<sup>17</sup>. Particularmente, la naturaleza funciona como una especie de “canasta de recursos”, algo a lo que se le puede atribuir un valor de uso o de cambio y que, como tal, contribuyó al florecimiento del comercio internacional y del capitalismo<sup>18</sup>. Asimismo, Tzouvala considera que el capitalismo se consolidó globalmente a partir de concebir a la naturaleza como recursos que existen para ser explotados en el proceso de producción de valor<sup>19</sup>. Ahora bien, esto fue el resultado de un cambio intelectual e históricamente contingente

17 Gudynas, E. *La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador*. En *Revista de Estudios Sociales*. Vol. 32, n.º 34, 2009, 34-47.

18 *Ibíd.*

19 Tzouvala, N. *World Trade and Investment Law Reimagined: A Progressive Agenda for an Inclusive Globalization*. En *European Journal of International Law*. Vol. 31, n.º 3, 2020, 1170.

que enraizó en la imaginación jurídica contemporánea una manera concreta de concebir la relación sociedad-naturaleza.

De acuerdo con Polanyi, tradicionalmente se creía que el orden económico era solo una función del orden social en el que aquel estaba inmerso<sup>20</sup>. Esto cambió con el ascenso de la economía de mercado como sistema económico dominante. En efecto, para que la producción y la distribución de bienes se hiciera conforme al mecanismo de precios fue necesario crear un “mercado autorregulado”<sup>21</sup>. A su vez, la creación de este implicó separar a la economía del orden social que la contenía<sup>22</sup>. Polanyi se refería a esto como el surgimiento de una “sociedad de mercado”, es decir, aquella que está supeditada a los imperativos del mercado, lo cual fue posible gracias a que la mano de obra y la tierra se convirtieron en mercancías<sup>23</sup>.

Polanyi criticó que la mano de obra y la tierra fueran convertidas en mercancías, ya que ambos componentes se refieren, en realidad, a los seres humanos que integran la sociedad y al entorno en el que tal sociedad se desenvuelve<sup>24</sup>. Asimismo, Block argumenta que tratar a los seres humanos y a la naturaleza como mercancías cuyo precio está determinado por las leyes del mercado resulta fundamentalmente irreconciliable con la dimensión sagrada de la naturaleza y la vida humana que, como principio, ha prevalecido durante siglos en múltiples sociedades<sup>25</sup>. Efectivamente, si bien históricamente la producción implicó la integración del hombre con la naturaleza<sup>26</sup>, la desincorporación de la esfera económica del ámbito social hizo que la esencia misma de la sociedad, y la relación de esta con el medio ambiente, quedaran sometidas a la lógica de generar valor<sup>27</sup>.

20 Polanyi, K. *La gran transformación: los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2012, 118.

21 *Ibíd.*, 119.

22 *Ibíd.*, 121.

23 *Ibíd.*, 122. Ciertamente, como lo describió Rosa Luxemburgo, para que el capitalismo se desarrollara fue necesario un proceso de toma de control sobre la tierra, la fauna y la flora, los recursos minerales y demás componentes del ambiente natural, al que ella se refirió como una lucha en contra de la economía natural. Esto es, contra las formas de organización económica donde la fuerza de trabajo está ligada a los medios de producción, y donde se produce principalmente para el consumo propio o demanda interna, por lo que, por ende, no hay abundancia de excedentes de producción. Véase Luxemburg, R. *The Accumulation of Capital*. Londres y Nueva York: Routledge, 2003, 348.

24 *Ibíd.*

25 Block, F. *Introducción*. En Polanyi. *La gran transformación*, cit., 29.

26 Polanyi. *La gran transformación*, cit., 185.

27 *Ibíd.*, 126.

Por su parte, Foster emplea el concepto de ruptura metabólica para exponer por qué Marx entendió que la sociedad capitalista contribuye sistémicamente a la alienación del ambiente natural<sup>28</sup>. Su punto de partida es la forma en que Marx concibió que las relaciones sociedad-naturaleza son mediadas por la capacidad de la especie humana de transformar su entorno<sup>29</sup>. Concretamente, por medio del trabajo y la agricultura la humanidad entabla una relación con la tierra que le permite generar los medios para su propia subsistencia<sup>30</sup>. Foster señala que esta relación con la naturaleza, conducente a asegurar la subsistencia de la humanidad, ha dependido históricamente de factores como los sistemas de producción y el desarrollo tecnológico<sup>31</sup>. De modo similar, Clark y York advierten que para Marx la transformación de la naturaleza por parte de la humanidad mediante la producción y el trabajo constituye un proceso complejo y dinámico de intercambio e interdependencia entre los seres humanos y el medio ambiente<sup>32</sup>. Esta interacción, descrita por Marx como un proceso metabólico, supone que la actividad humana transformadora de la naturaleza guarde correspondencia con el propio potencial que tiene esta para generar recursos<sup>33</sup>. Es decir, se trata de una actividad productiva regulada conforme a los ciclos o procesos naturales, un metabolismo social-ecológico que conecta el destino de la humanidad con el del planeta<sup>34</sup>. Específicamente, Foster subraya que, según Marx, “el hombre vive de la naturaleza” y que en esta relación de dependencia “la naturaleza es su cuerpo, con el que debe permanecer en continuo intercambio si no quiere morir”<sup>35</sup>.

Así, la idea de alienación de la naturaleza se refiere concretamente a que la transformación del medio ambiente bajo el sistema capitalista comienza a determinarse por patrones de producción que generan disfunciones en la relación sociedad-naturaleza<sup>36</sup>. En efecto, Foster argumenta que Marx entendía que, históricamente, la humanidad había mantenido su propia

28 Foster, J. B. *Marx's Theory of Metabolic Rift: Classical Foundations for Environmental Sociology*. En *American Journal of Sociology*. Vol. 105, n.º 2, 1999, 366-405.

29 Foster, J. B. *Marx's Ecology. Materialism and Nature*. Nueva York: Monthly Review Press, 2000, 5.

30 *Ibíd.*, 73.

31 *Ibíd.*, 72.

32 Clark, B. y York, R. *Carbon Metabolism: Global Capitalism, Climate Change, and the Biospheric Rift*. En *Theory and Society*. Vol. 34, n.º 4, 2005, 398.

33 Foster. *Marx's Ecology*, cit., 141.

34 Foster. *Marx's Theory of Metabolic Rift*, cit., 380.

35 *Ibíd.*, 381.

36 Foster. *Marx's Ecology*, cit., 163.

relación metabólica con la naturaleza<sup>37</sup>. Sin embargo, esto cambió con el advenimiento del capitalismo como sistema de producción inherentemente expansivo que impuso la lógica de generar valor a la gestión de la ecología del planeta, supeditándola al cumplimiento de metas en materia de crecimiento económico y acumulación de capital<sup>38</sup>.

Según Foster, como evidencia de este fenómeno, Marx mencionó la destrucción de la calidad de los suelos y la desconexión entre lo urbano y lo rural a raíz de la consolidación de la industria y la agricultura a gran escala<sup>39</sup>. De acuerdo con Foster, Marx criticó estos cambios porque afectaron la capacidad de las sociedades humanas de sujetarse a los medios de conservación que ofrece la propia naturaleza<sup>40</sup>. En este orden de ideas, el concepto de ruptura metabólica se refiere a la disrupción en la interacción e interdependencia entre los procesos económicos y el ambiente natural por causa del modelo de producción capitalista. Así, Clark y York utilizan este concepto para evidenciar el impacto adverso que han tenido sobre el ciclo de carbono del planeta las actividades humanas inmersas en la lógica de producción capitalista, tales como la agricultura a gran escala, el comercio global o los procesos de urbanización<sup>41</sup>.

En este contexto, el papel constitutivo del derecho aparece al reconocer que este no ha sido un convidado de piedra en el proceso de mercantilización y alienación de la naturaleza bajo el capitalismo, sino una parte activa de dicho proceso. Neocleous destaca que según Marx el capitalismo no es un orden espontáneo sino un fenómeno histórico originado a partir de un proceso de despojo y acaparamiento de recursos conocido como acumulación primitiva, por el cual se separó a la mayoría de las personas del acceso a los medios de subsistencia, especialmente la tierra<sup>42</sup>. Neocleous advierte que este fue un proceso político-jurídico: por un lado, las normas en materia de propiedad sobre los distintos componentes de la naturaleza que se encontraban bajo dominio común fueron clave para que se diera la acumulación; y, por otro, tal acumulación adquirió una dimensión global gracias al derecho internacional<sup>43</sup>.

37 Ibid., 72.

38 Rodrigues, S. *Localising 'The Rights of Nature': A Critical Discourse Analysis*. En *Green Letters: Studies in Ecocriticism*. Vol. 18, n.º 2, 2014, 181.

39 Foster. *Marx's Ecology*, cit., 155-156.

40 Ibid., 163.

41 Clark y York. *Carbon Metabolism*, cit.

42 Neocleous, M. *International Law as Primitive Accumulation; or, the Secret of Systematic Colonization*. En *European Journal of International Law*. Vol 23, n.º 4, 2012, 947.

43 Ibid., 950.

Efectivamente, el punto clave en la relación entre derecho internacional e imperialismo, entendido este como el proceso de acumulación que obedece a la necesidad constante del capital de expandirse hacia nuevas sociedades y espacios, transformándolos<sup>44</sup>, es la manera en que aquel proporciona medios de argumentación jurídica que justifican la extracción y el acaparamiento de los componentes de la naturaleza<sup>45</sup>. Ahora bien, diversos autores señalan que el proceso de acumulación no debe ser visto como un momento histórico que quedó en el pasado, sino como un fenómeno vigente que informa la manera en que lo jurídico estructura nuestra relación con la naturaleza<sup>46</sup>. De este modo, a medida que el capitalismo continúa expandiéndose y transformando el planeta, el derecho mantiene su centralidad como criterio que legitima la apropiación y distribución de las múltiples formas de la naturaleza<sup>47</sup>.

En suma, el problema con la manera en que la naturaleza ha sido vista en la Modernidad capitalista es que se le respeta y protege no por su importancia intrínseca para la vida en el planeta, sino por la utilidad o el beneficio que supone para la constante expansión de los procesos del mercado. Un ejemplo de ello son las iniciativas de crecimiento verde orientadas a lograr eficiencias para disociar la explotación de los recursos naturales de sus impactos ambientales<sup>48</sup>. Un primer problema con estas iniciativas es que promueven la creencia de que expandir incesantemente la producción es viable mientras se logran objetivos cruciales como mitigar la crisis climática o evitar la pérdida de la biodiversidad<sup>49</sup>. Sin embargo, a nivel más estructural, la crítica es que dejan en evidencia la manera en que se ha delimitado el espectro de lo posible en términos de gobernanza ecológica. Es decir, la insistencia en un crecimiento constante de las actividades económicas para producir valor, sin que se cuestione el andamiaje intelectual sobre el que descansa tal paradigma. En este escenario, los derechos de la naturaleza y el principio del buen vivir podrían contribuir a un cambio de paradigma frente a la Modernidad capitalista.

44 Luxemburg. *The Accumulation of Capital*, cit., 426.

45 Neocleous, *International Law as Primitive Accumulation*, cit., 958.

46 Ibíd. Véase también Özsü, U. *Grabbing Land Legally: A Marxist Analysis*. En *Leiden Journal of International Law*. Vol. 32, n.º 2, 2019, 215-233.

47 Mansfield. *Introduction: Property and the Remaking of Nature-Society Relations*, cit.

48 Otero, I. et al. *Biodiversity Policy beyond Economic Growth*. En *Conservation Letter*. Vol. 13, n.º 4, 2020, 4.

49 Hickel, J. y Kallis, G. *Is Green Growth Possible?* En *New Political Economy*. Vol. 25, n.º 4, 2020, 469-486.

## 2. LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA Y EL PRINCIPIO DEL BUEN VIVIR COMO GIRO DECOLONIAL

El propósito de esta sección es discernir por qué los derechos de la naturaleza y el principio del buen vivir representan un proyecto político transformador que apunta hacia una ruptura epistémica con respecto a la concepción hegemónica de la naturaleza bajo el lente de la Modernidad capitalista. Concretamente, se procede a mostrar que ambos conceptos se relacionan con la idea de giro decolonial<sup>50</sup>. Esta noción implica problematizar el vínculo entre Modernidad, capitalismo y pensamiento hegemónico como una estructura de poder, al tiempo que se proponen epistemologías o alternativas de pensamiento emancipadoras frente al ejercicio de tal poder. De esta forma, el giro decolonial implica dar voz a las historias y los saberes silenciados por la racionalidad de la Modernidad, creando nuevos lugares de enunciación, significados y maneras de entender el mundo.

El pensamiento jurídico occidental no se ha caracterizado por concebir a la naturaleza como un sujeto poseedor de derechos propios. Por el contrario, la naturaleza es tratada como aquello sobre lo que recaen los derechos que se atribuyen a los individuos y a las entidades a las que se les reconoce personería jurídica. Este enfoque implica una separación ontológica de los seres humanos con respecto a la naturaleza y una relación vertical entre ambos en razón a que esta última está supeditada al interés o bienestar humano<sup>51</sup>. Por ejemplo, Bonilla advierte que tradicionalmente la naturaleza ha sido jurídicamente relevante solo en la medida en que sobre ella recaiga la propiedad de un sujeto de derechos. En tal medida, el titular del derecho de propiedad está facultado para usar o disponer de la naturaleza. Asimismo, Darpö señala que el derecho a un medio ambiente sano implica proteger la naturaleza de manera incidental, ya que los verdaderos destinatarios de la obligación que tienen los Estados de regular y controlar las actividades que ocasionan daños ambientales son los individuos o las comunidades<sup>52</sup>. Por lo tanto, las

50 Véase Grosfoguel, R. *The Epistemic Decolonial Turn: Beyond Political-Economy Paradigms*. En *Cultural Studies*. Vol. 21, n.º 2-3, 2007, 211-223; Mignolo, W. D. *Epistemic Disobedience, Independent Thought and Decolonial Freedom*. En *Theory, Culture & Society*. Vol. 26, n.º 7-8, 2009, 159-181; Mignolo, W. D. *Epistemic Disobedience and the Decolonial Option: A Manifesto*. En *Transmodernity. Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*. Vol. 1, n.º 2, 2011, 44-66.

51 Véase Kotzé y French. *The Anthropocentric Ontology of International Environmental Law and the Sustainable Development Goals*, cit.

52 Darpö, J. *Can Nature Get it Right? A Study on Rights of Nature in the European Context*. European Parliament, 2021, 24.

consecuencias jurídicas derivadas de la vulneración de este derecho no tienen origen en los perjuicios ocasionados al medio ambiente propiamente tal, sino en la medida en que los seres humanos sufren afectaciones.

Ante este panorama, los derechos de la naturaleza surgen como una crítica al antropocentrismo incrustado en la imaginación jurídica contemporánea. Desde su óptica, la naturaleza deja de ser aquello sobre lo que recaen los derechos de las personas para convertirse ella misma en sujeto de derechos. Así, la naturaleza goza de protección jurídica porque su valor intrínseco la hace poseedora de derechos que le son propios, y no por la utilidad o beneficio que representa para la humanidad. Derechos que, además, podrán ser reclamados directamente en nombre de la naturaleza. Este concepto ha sido avanzado desde varias orillas y puede entenderse desde distintos ángulos<sup>53</sup>. Uno de ellos es en cuanto proyecto jurídico-filosófico que apunta hacia un cambio de paradigma en la manera en que la naturaleza es valorada y se percibe su relación con la humanidad<sup>54</sup>. Concretamente, de lo que se trata es de dejar atrás el enfoque antropocéntrico para pasar a otro de carácter ecocéntrico. La perspectiva ecocéntrica parte de la premisa de que la tierra no le pertenece al ser humano, ya que este es solo una de las tantas especies que la habitan<sup>55</sup>. Consecuentemente, la tierra y su biodiversidad también son sujetos de derechos que deben ser reconocidos por los Estados<sup>56</sup>.

Otra manera de entender el concepto de derechos de la naturaleza es como un proyecto político alejado de lo que Bonilla denomina “la gramática del constitucionalismo moderno”<sup>57</sup>. Específicamente, se trata de un discurso que busca repensar el constitucionalismo ambiental a partir de reformas constitucionales, como en el caso de Ecuador<sup>58</sup>, o de carácter legislativo, como en el caso de Bolivia<sup>59</sup>, que reconocen la naturaleza como un sujeto de derechos y como poseedora de valores intrínsecos, en lugar de ser un mero objeto que presta servicios ambientales a la especie humana<sup>60</sup>. Desde un ángulo similar, los derechos de la naturaleza pueden entenderse como la principal

53 *Ibíd.*, 11.

54 *Ibíd.*, 13.

55 Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016, cit., párr. 5.9.

56 *Ibíd.*

57 Bonilla. *El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina*, cit., 5.

58 *Ibíd.*, 13.

59 *Ibíd.*

60 *Ibíd.*, 12. Véase, también, Darpö. *Can Nature Get It Right?*, cit., 17.

consecuencia de la llamada jurisprudencia de la tierra<sup>61</sup>. Esto es, la tendencia, a la que se han sumado varios tribunales alrededor del mundo, consistente en reconocerles personería jurídica a ecosistemas de diversa índole y asignar su tutela jurídica a representantes legales como las comunidades que tienen una relación especial con los territorios que habitan. Por último, como señala Darpö, los derechos de la naturaleza pueden entenderse como un medio para que los pueblos indígenas defiendan sus derechos al uso tradicional de los recursos naturales, sin dejar de preservar la biodiversidad<sup>62</sup>.

No obstante, los derechos de la naturaleza también han sido blanco de críticas. Ciertamente, como discurso, estos han sido avanzados principalmente desde el Sur Global a partir de un enfoque de pluralismo jurídico que consulta el imaginario cultural y los intereses políticos de grupos tradicionalmente excluidos, como las comunidades indígenas. No obstante, su potencial transformador podría verse afectado debido a la adopción del lenguaje liberal de los derechos<sup>63</sup>. Por tanto, precisamente porque se trata de un producto culturalmente híbrido, la realización de los derechos de la naturaleza no es inmune a problemas comunes al campo jurídico, como la indeterminación o ambigüedad de su contenido normativo<sup>64</sup>. Tampoco lo es ante la falta de observancia relacionada con el criterio que adoptan los jueces al decidir las demandas interpuestas en nombre de la naturaleza, o con las políticas gubernamentales que buscan implementar tales derechos<sup>65</sup>. En efecto, en países donde se le ha dado cabida al discurso de los derechos de la naturaleza, principalmente como una especie de constitucionalismo ecológico con aspiraciones transformadoras, generalmente se ha hecho de forma

61 *Ibíd.*, 19. Para un recuento del concepto de jurisprudencia de la tierra véase Franks, S. *The Trees Speak for Themselves: Nature's Rights under International Law*. En *Michigan Journal of International Law*. Vol. 42, n.º 3, 2021, 645.

62 Darpö. *Can Nature Get it Right?*, cit., 11.

63 *Ibíd.*, 46. Para una crítica al lenguaje de los derechos véase D'Souza, R. *What's Wrong with Rights? Social Movements, Law and Liberal Imaginations*. Londres: Pluto Press, 2018.

64 Véase Bétaillé, J. *Rights of Nature: Why it Might (Not) Save the World*. En *Journal for European Environmental and Planning Law*. Vol. 16, n.º 1, 2019, 36-64; Bonilla. *El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia*, cit., 5.

65 Véase Kauffman, C. M. y Martin, P. L. *Can Rights of Nature Make Development More Sustainable? Why Some Ecuadorian Lawsuits Succeed and Others Fail?* En *World Development*. Vol. 92, 2017, 130-142; Daly, E. *The Ecuadorian Exemplar: The First Ever Vindications of Constitutional Rights of Nature*. En *Review of European Community & International Environmental Law*. Vol. 21, n.º 1, 2012, 63-66.

paralela con políticas económicas de corte extractivo<sup>66</sup>. En consecuencia, desde una mirada netamente ecocéntrica, esto le resta coherencia política a la implementación del discurso de los derechos de la naturaleza. Aunque tal falta de consistencia no debe entenderse como algo inherente al concepto de derechos de la naturaleza, sí expone los retos que su implementación enfrenta en un contexto de pluralidad de intereses estatales en tensión.

Ahora bien, sin desconocer estas y otras críticas que muestran los límites del discurso de los derechos de la naturaleza, cabe afirmar que este tiene el potencial para contribuir a la materialización de un giro decolonial frente a la Modernidad capitalista. Particularmente, este discurso puede servir como base conceptual para construir un nuevo paradigma de relacionamiento entre sociedad y naturaleza, generando así una transformación sustancial en la imaginación jurídica contemporánea con respecto al por qué, para qué y cómo se protege el medio ambiente. Para sustanciar este razonamiento es preciso discernir por qué los derechos de la naturaleza constituyen una crítica al andamiaje intelectual de la Modernidad capitalista.

Esta se construyó tanto en el plano económico como en el cultural. Desde lo económico, implicó el ascenso del sistema capitalista mundial estructurado a partir de una división internacional del trabajo sustentada en concepciones de diferencia racial que promovían la superioridad de Occidente sobre el resto del mundo<sup>67</sup>. Desde lo cultural, supuso el posicionamiento hegemónico de Occidente como centro de producción de conocimiento y significado<sup>68</sup>. Jurídicamente, estas dos dimensiones se entretejieron en torno al estándar de civilización, entendido como el sistema de valores a partir de los cuales se determina la compatibilidad del mundo no occidental con un paradigma eurocéntrico de racionalidad y diseño institucional<sup>69</sup>. El estándar de civilización ha suscitado y justificado intervenciones en el ámbito interno de las sociedades ubicadas en la periferia del orden económico global. Una de las tantas iteraciones de este proceso es la llamada misión civilizadora<sup>70</sup>. Esta implicó un

66 Geithus Laastad, S. *Nature as a Subject of Rights? National Discourses on Ecuador's Constitutional Rights of Nature*. En *Forum for Development Studies*. Vol. 42, n.º 3, 2020, 415; Escobar, A. *Latin America at the Crossroads: Alternative Modernizations, Postliberalism, or Post-Development?* En *Cultural Studies*. Vol. 24, n.º 1, 2010, 1-65; Darpö. *Can Nature Get it Right?*, cit., 22.

67 Quijano, A. *Coloniality and Modernity/Rationality*. En *Cultural Studies*. Vol. 21, n.º 2, 2007, 168-178.

68 *Ibíd.*

69 Tzouvala, N. *Capitalism as Civilisation: A History of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

70 *Ibíd.*

proyecto de modernización del mundo no europeo basado en una retórica de razón y progreso que promovía la inserción a la economía global, la adopción de instituciones europeas y la asimilación de patrones culturales eurocéntricos.

Desde entonces, el mundo no occidental ha sido concebido como un espacio político, económico y cultural expuesto a intervenciones e influencias externas<sup>71</sup>. A partir de la década de 1950, la retórica de razón y progreso se reconfiguró en torno a la idea de desarrollo<sup>72</sup>. Esta idea es el resultado de la articulación de un conjunto de narrativas con contenido prescriptivo<sup>73</sup>, las cuales, por un lado, prescriben que los Estados del Sur Global son responsables de su propio subdesarrollo; y por el otro, prescriben que, para superar su condición de atraso económico y social, los Estados deben adoptar una estructura institucional que los conduzca a la modernización y a integrarse al orden económico internacional.

Consecuentemente, el discurso del desarrollo ha tenido un efecto disciplinante en los Estados del Sur Global, transformándolos en “dispositivos modernizantes”<sup>74</sup> cuya razón de ser es lograr que sus economías crezcan para salir del subdesarrollo. En este sentido, la idea del desarrollo mantiene la retórica de razón y progreso característica de la Modernidad, al tiempo que promueve una visión del mundo como un lugar para ser transformado por los seres humanos siguiendo una lógica específica de producción y acumulación global del capital, cimentada en el aprovechamiento de los “recursos” ofrecidos por la naturaleza<sup>75</sup>. Expresado de otro modo, alcanzar el desarrollo presupone, como lo señala Quijano, la conquista de la naturaleza por el hombre<sup>76</sup>.

Sin embargo, el proyecto de la Modernidad es apenas la cara visible de lo que la teoría decolonial denomina como “la colonialidad del poder”<sup>77</sup>. Este término se refiere a las estructuras de poder creadas por el proceso de colonización del mundo no occidental, cuyos efectos se han extendido a través del tiempo de manera concomitante con la retórica de razón y progreso de la

71 Anghie, A. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge University Press, 2004.

72 Escobar, A. *Encountering Development: The Making and Unmaking of the Third World*. 2.ª ed. Princeton University Press, 2011.

73 Al respecto véase Eslava, L. *El Estado desarrollista: independencia, dependencia y la historia del Sur*. En *Revista Derecho del Estado*. N.º 43, 2019, 25-65.

74 *Ibíd.*, 32.

75 *Ibíd.*, 30.

76 Quijano. *Coloniality and Modernity/Rationality*, cit., 169.

77 Quijano, A. *Coloniality of Power and Eurocentrism in Latin America*. En *International Sociology*. Vol. 15, n.º 2, 2000, 215-232.

Modernidad capitalista<sup>78</sup>. Por consiguiente, la principal premisa del proyecto decolonial es que la Modernidad oculta que la esencia de la expansión del sistema capitalista mundial no es la superioridad cultural de Occidente sobre el resto del mundo, sino que es el producto de un proceso violento de despojo y concentración de los recursos naturales a escala global, que se extendió más allá del periodo histórico de colonialismo formal<sup>79</sup>. Correlativamente, la Modernidad también oscurece que, para satisfacer la necesidad de expansión continua del capitalismo, es necesario separar discursivamente la naturaleza de la sociedad. Esto, a fin de compaginar la explotación de la naturaleza con el logro de los objetivos de progreso y crecimiento económico que tienen una importancia central para el andamiaje intelectual de la Modernidad capitalista.

En este marco, el punto de partida común a las políticas públicas orientadas hacia el desarrollo humano y el cuidado del medio ambiente debería ser una ruptura epistémica con respecto a dicho andamiaje intelectual. Esto implicaría, por ejemplo, superar la separación entre naturaleza y sociedad creada por la Modernidad capitalista, debido a la cual la gestión del medio ambiente se determina por su valoración económica y los servicios que le presta a la humanidad. Asimismo, supondría pensar en sistemas alternos de producción que no desemboquen en el antropocentrismo, como le sucede al capitalismo dada su lógica implacable de acumulación que le impide ver en la naturaleza algo distinto a una fuente de recursos necesarios para la producción incesante de valor.

Ante este panorama, autores como Gudynas consideran que los derechos de la naturaleza son el aspecto ecológico de una transformación más estructural con respecto al discurso de la Modernidad capitalista<sup>80</sup>. En concreto, vistos de forma holística junto con el principio del buen vivir, aquellos representan un giro decolonial que apunta hacia un nuevo paradigma de gobernanza ecosocial. Concisamente, el principio del buen vivir guarda relación con un conjunto heterogéneo de perspectivas ético-morales en torno al desarrollo y la calidad de vida<sup>81</sup>. Así, se trata de una visión alternativa de lo que significa

78 Giraldo I. *Coloniality at Work: Decolonial Critique and the Postfeminist Regime*. En *Feminist Theory*. Vol. 17, n.º 2, 2016, 157-173.

79 Quijano. *Coloniality and Modernity/Rationality*, cit., 168. También véase Mignolo, W. D. *The Darker Side of the Renaissance: Literacy, Territoriality, and Colonization*. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 1995; Mignolo. *The Darker Side of Modernity*, cit.

80 Gudynas, E. *La dimensión ecológica del buen vivir: entre el fantasma de la Modernidad y el desafío biocéntrico*. En *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*. 4, 2009, 51; Radcliffe, S. *Development for a Postneoliberal Era? Sumak Kawsay, Living Well and the Limits to Decolonisation in Ecuador*. En *Geoforum*. Vol. 43, n.º 12, 2012.

81 *Ibíd.*, 50.

el bienestar y la convivencia en comunidad, que implica concebir la relación entre los seres humanos y la naturaleza desde un enfoque biocéntrico, y los procesos de producción conforme a criterios de austeridad y respeto por los ciclos de la naturaleza<sup>82</sup>.

Además, el principio del buen vivir facilita desdibujar la separación entre naturaleza y sociedad creada por la Modernidad capitalista, elementos que pasan a ser entendidos como partes de un todo<sup>83</sup>. Consecuentemente, la lógica jerárquica del antropocentrismo, en la que los intereses humanos se privilegian sobre los de las demás especies y con respecto a la naturaleza propiamente entendida, se transforma en una relación horizontal, de complementariedad y equilibrio entre todos los seres vivos de la tierra<sup>84</sup>. Igualmente, en oposición a las narrativas de desarrollo y progreso propias de la Modernidad, que se fundamentan en consideraciones utilitaristas o de tipo económico, el principio del buen vivir no presupone que los seres humanos detenten un derecho a explotar los componentes de la naturaleza. Por ello, su valor no estará determinado por el beneficio que conlleven para la humanidad<sup>85</sup>.

Ahora bien, en el plano jurídico, el enfoque ecocéntrico común a los derechos de la naturaleza y el buen vivir significa que el ambiente natural deja de ser propiedad de los seres humanos para convertirse en un elemento más de la sociedad. Específicamente, la naturaleza pasa a ser un sujeto político más, integrante de la comunidad, al que se le atribuyen derechos por su valor intrínseco<sup>86</sup>. Lo anterior constituye una ruptura fundamental con el sistema de valores eurocéntrico que soporta a la Modernidad capitalista, así como una transformación radical en la imaginación jurídica contemporánea que, como ya se mencionó, se caracteriza por adoptar una postura antropocéntrica en la que se concibe al ser humano como única razón de ser del sistema legal y al ambiente natural como un simple objeto al servicio del primero<sup>87</sup>.

82 Gudynas, E. *Buen Vivir: Today's Tomorrow*. En *Development*. Vol. 54, n.º 4, 2011, 441-447.

83 Gudynas. *La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador*, cit., 37-39.

84 Bonilla. *El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina*, cit., 16.

85 Radcliffe. *Development for a Postneoliberal Era?*, cit., 241-243; Bonilla. *El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina*, cit., 17-18; Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016, cit., párr. 5.10.

86 Bonilla. *El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina*, cit., 12.

87 *Ibíd.*, 14.

En suma, los derechos de la naturaleza y el principio del buen vivir representan un nuevo paradigma de relacionamiento entre los seres humanos y la naturaleza. A pesar de los avances hacia nuevas ecologías políticas, el derecho internacional continúa comprometido, preponderantemente, con un enfoque antropocéntrico en el que la instrumentalización y la mercantilización de la naturaleza determinan el sentido y el alcance de las iniciativas para la conservación y la protección del medio ambiente.

### 3. LOS LÍMITES ANTROPOCÉNTRICOS DE LA GOBERNANZA AMBIENTAL INTERNACIONAL

#### *3.1. Conflictos armados y protección del medio ambiente*

Como lo han señalado autores como Koppe, en situaciones de conflicto armado son comunes las acciones que desencadenan daños ambientales, tales como el uso de sustancias químicas, la quema de pozos petroleros o el vertimiento de hidrocarburos<sup>88</sup>. El nexo entre conflicto armado y naturaleza puede apreciarse desde distintos ángulos. Por ejemplo, el control o acceso a los recursos naturales puede ser la causa de una confrontación armada<sup>89</sup>, o los componentes de la naturaleza pueden ser empleados con fines bélicos<sup>90</sup>. Ante este panorama, en 2013 la Comisión de Derecho Internacional (CDI) tomó la decisión de incluir en su plan de trabajo la cuestión de la protección del medio ambiente en situaciones de conflicto armado<sup>91</sup>. Luego, en 2019, en el marco de su septuagésima primera sesión y tras varios informes presentados por las relatoras especiales a quienes se les encomendó estudiar el tema, la CDI adoptó, en primera lectura, un proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados<sup>92</sup>.

88 Koppe, E. V. *The Principle of Ambiguity and the Prohibition against Excessive Collateral Damage to the Environment during Armed Conflict*. En *Nordic Journal of International Law*. Vol. 82, n.º 1, 2013, 54.

89 Véase Martin, C. *Atmospheric Intervention? The Climate Change Crisis and the Jus ad Bellum Regime*. En *Columbia Journal of Environmental Law*. Vol. 45, n.º S, 2020, 331-417; Nevitt, M. *Is Climate Change a Threat to International Peace and Security?* En *Michigan Journal of International Law*. Vol 42, n.º 3, 2021, 527-579.

90 Véase Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (ENMOD), 10 de diciembre de 1976.

91 Al respecto véase Jacobsson, M. y Letho, M. *Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts. An Overview of the International Law Commission's Ongoing Work*. En *Goettingen Journal of International Law*. Vol. 10, n.º 1, 2020, 27-46.

92 Naciones Unidas, Asamblea General. *Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Texto y título del proyecto de principios aprobado provisionalmente*

El proyecto de principios pretende dar cuenta del derecho internacional existente con respecto a la protección de la naturaleza en cualquiera de las fases de un conflicto armado<sup>93</sup>. Con ello, la CDI busca contribuir a la codificación y el fortalecimiento del derecho internacional que, de manera directa o indirecta, protege al medio ambiente y regula su uso en el marco de los conflictos armados. Sin embargo, el problema del proyecto de principios es que su contenido está imbuido de antropocentrismo. Para comprobar esta aserción basta con analizar los principios 13 y 14 del proyecto. El principio 13 se titula “Protección general del medio ambiente natural durante un conflicto armado” y establece que “[s]e velará por la protección del medio ambiente natural contra los daños vastos, duraderos y graves”<sup>94</sup>. Asimismo, en él se advierte que “ninguna parte del medio ambiente natural podrá ser atacada, a menos que se haya convertido en un objetivo militar”<sup>95</sup>. Por su parte, el principio 14 se titula “Aplicación del derecho de los conflictos armados al medio ambiente natural” y señala que “[e]l derecho de los conflictos armados, incluidos los principios y normas sobre distinción, proporcionalidad, necesidad militar y precauciones en el ataque, será de aplicación al medio ambiente natural con miras a su protección”<sup>96</sup>.

El principio 13 sigue una lógica similar a la de los artículos 35 y 55 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra<sup>97</sup>. Estos prohíben, en el contexto de los conflictos armados internacionales, el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural<sup>98</sup>, así como los ataques contra el medio ambiente natural como represalia<sup>99</sup>. Sin embargo, estas prohibiciones solo se activan cuando las acciones perjudiciales para el medio ambiente han sobrepasado cierto umbral establecido a partir de los criterios *generalizado, duradero y grave*, que se articulan para formar un requisito acumulativo que cualifica la

*por el Comité de Redacción en primera lectura. Informe de la Comisión de Derecho Internacional. A/CN.4/L.937. 6 de junio de 2019. Los gobiernos, organismos internacionales y otras partes interesadas tuvieron hasta el 30 de junio de 2021 para presentar comentarios y observaciones al proyecto de principios adoptado en primera lectura y, por consiguiente, se está a la espera de la versión final del trabajo de la Comisión.*

93 *Ibíd.*, principios 1 y 2.

94 *Ibíd.*, principio 13.

95 *Ibíd.*

96 *Ibíd.*, principio 14.

97 Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. 8 de junio de 1977.

98 *Ibíd.*, arts. 35(3) y 55(1).

99 *Ibíd.*, art. 55(2).

magnitud del daño a la naturaleza<sup>100</sup>. Por consiguiente, cuando las acciones militares perjudiciales para el medio ambiente no superan tal umbral, las prohibiciones de los artículos 35 y 55 carecen de operatividad<sup>101</sup>.

Con base en los criterios *generalizado, duradero y grave*, también empleados por el principio 13, los artículos 35 y 55 crean dos escenarios jurídicos relativos a la protección del medio ambiente durante la guerra<sup>102</sup>. El primer escenario se presenta cuando se rebasa el umbral, caso en el que se prohíbe la afectación del medio ambiente. El segundo, cuando las acciones se mantienen por debajo del umbral, evento en el que la protección del medio ambiente se rige por las disposiciones del derecho internacional humanitario, específicamente, por los principios fundamentales de necesidad, distinción y proporcionalidad a los que alude el principio 14 del proyecto de la CDI. Sin embargo, tales principios no están lo suficientemente adaptados como para brindar protección jurídica a la naturaleza a partir del reconocimiento de su valor intrínseco. Por el contrario, su efecto es que la protección de la naturaleza deba ponderarse en relación con otras consideraciones de tipo estratégico asociadas con los conflictos armados, como la ventaja militar que se espera conseguir con un ataque a un objetivo militar<sup>103</sup>.

Seguidamente, bajo el entendido de que los supuestos que configuran el umbral a partir del cual opera la prohibición de causar daños al medio ambiente son difíciles de materializar en la práctica<sup>104</sup>, la salvaguarda del medio ambiente durante los conflictos armados se circunscribe a la proscripción de las afectaciones excesivas, donde lo excesivo se determina en función del interés militar. Además, se admite la posibilidad de convertir a la naturaleza en un objetivo militar y, de esta forma, se relativiza la prohibición, derivada del principio de distinción, de que aquella sea blanco de ataques<sup>105</sup>. Consecuentemente, el

100 Thomas, C. *Advancing the Legal Protection of the Environment in Relation to Armed Conflict: Protocol I's Threshold of Impermissible Environmental Damage and Alternatives*. En *Nordic Journal of International Law*. Vol. 82, n.º 1, 2013, 83-101.

101 *Ibíd.*

102 *Ibíd.*

103 UNEP. *Protecting the Environment during Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law*. Nairobi: Naciones Unidas, 2009; Bothe, M. *Precaution in International Environmental Law and Precautions in the Law of Armed Conflict*. En *Goettingen Journal of International Law*. Vol. 10, n.º 1, 2020, 267-281.

104 Thomas. *Advancing the Legal Protection of the Environment in Relation to Armed Conflict*, cit.

105 Droege, C. y Tougas, M. L. *The Protection of the Natural Environment in Armed Conflict. Existing Rules and Need for Further Legal Protection*. En *Nordic Journal of International Law*. Vol. 82, n.º 1, 2013, 21-52.

actual marco legal internacional que regula el uso y la afectación del medio ambiente durante los conflictos armados es inadecuado desde una perspectiva ecocéntrica, ya que la protección que se le brinda a la naturaleza no está concebida en términos absolutos, sino en los términos relativos de proporcionalidad y necesidad, que conducen al proceso de confrontar y sopesar el valor de la naturaleza con factores de tipo militar. Tal conclusión es confirmada por el principio 2 del proyecto de la CDI, el cual consagra el propósito de *reducir al mínimo* los daños ambientales, así como por el principio 21, que confiere a la potencia ocupante la prerrogativa de administrar y utilizar sosteniblemente los recursos naturales que se encuentran en el territorio ocupado, con tal que los daños ambientales se reduzcan *al mínimo*.

En suma, visto desde el punto de vista del econcentrismo común a los derechos de la naturaleza y el buen vivir, el derecho internacional actual para la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados es inadecuado porque admite que determinadas acciones con resultados adversos para la naturaleza sean válidas cuando sus consecuencias no sean excesivas frente al provecho o ventaja militar que se espera obtener por medio de una operación militar. Esto implica el claro predominio del enfoque antropocéntrico puesto que la protección de la naturaleza se sujeta a los intereses de los seres humanos, concretamente, al valor asignado a determinada acción en el transcurso de una confrontación armada. Igualmente, el antropocentrismo se expresa en la manera instrumental con que se admiten situaciones en las que la naturaleza puede convertirse legítimamente en un objetivo militar.

### 3.2. *Ecocidio*

El artículo 8(2)(b)(iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) establece como crimen de guerra la acción consistente en:

Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea.

Esta disposición no se encamina a regular los actos que destruyen el medio ambiente *per se*<sup>106</sup>. Buscando ampliar la protección de la naturaleza en el

106 Ambos, K. *Protecting the Environment through International Criminal Law?* En *EJIL:Talk!* Blog of the European Journal of International Law. 29 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/protecting-the-environment-through-international-criminal-law/>

campo del derecho internacional penal, en el año 2020, la Fundación Stop Ecocide convocó a un grupo de expertos para que redactara una definición jurídica de “ecocidio”<sup>107</sup>. Este término hace alusión al daño o destrucción de ecosistemas, de tal severidad o magnitud que se diferencia de otras conductas medioambientalmente dañinas que suelen tipificarse como delitos o contravenciones en las legislaciones internas<sup>108</sup>. Por lo tanto, la iniciativa pretende impulsar la negociación de una enmienda al Estatuto de Roma por la cual se agregue el ecocidio al listado de crímenes de trascendencia para la comunidad internacional sobre los cuales recae la competencia de la CPI<sup>109</sup>.

En junio de 2021, el grupo de expertos emitió su informe con la propuesta de definición del crimen de ecocidio<sup>110</sup>. Según esta, se deben satisfacer dos umbrales para que se configure el ecocidio<sup>111</sup>. El primero es que exista la probabilidad considerable de que una conducta, bien sea activa u omisiva, producirá daños graves y extensos o duraderos sobre el medio ambiente. Nótese que la definición de ecocidio se aleja de lo previsto en el artículo 8(2) (b)(iv) del Estatuto de Roma, así como en los artículos 35 y 55 del Protocolo I, y también en el principio 13 del proyecto de principios de la CDI, puesto que no se utiliza una formulación conjuntiva de la expresión *daños extensos, duraderos y graves*. Por lo tanto, el umbral de exigencia será menor, ya que no se trata de un triple criterio acumulativo (es decir, la conducta no necesita ser simultáneamente grave, extensa y duradera), pero al mismo tiempo se mantiene la exigencia de que, para ser catalogado como ecocidio, el daño medioambiental que ocasione la conducta debe ser grave<sup>112</sup>.

Por su parte, el segundo umbral de la definición es la exigencia de acreditar, para configurar el ecocidio, que la conducta en cuestión es ilícita o carente de sentido, fundamento o razón<sup>113</sup>. Esto último, entendido como la despreocupación temeraria en torno a que la conducta realizada pueda producir un daño medioambiental que pueda considerarse como claramente

107 Stop Ecocide Foundation. *Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide. Commentary and Core Text*. Junio, 2021, 1.

108 Heller, K. J. *Skeptical Thoughts on the Proposed Crime of “Ecocide” (That Isn’t)*. En *Opinio Juris*. 23 de junio de 2021. Disponible en: <http://opiniojuris.org/2021/06/23/skeptical-thoughts-on-the-proposed-crime-of-ecocide-that-isnt/>

109 Ambos. *Protecting the Environment through International Criminal Law?*, cit.

110 Stop Ecocide Foundation. *Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide*, cit.

111 *Ibíd.*

112 Heller. *Skeptical Thoughts on the Proposed Crime of “Ecocide”*, cit.

113 Stop Ecocide Foundation. *Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide*, cit.

excesivo frente a los beneficios sociales y económicos que se preveía obtener de ella<sup>114</sup>. La explicación, según se desprende del comentario que los propios miembros del grupo de expertos formularon a su propuesta de definición, es que no toda conducta lícita realizada a sabiendas de que existe una probabilidad considerable de producir daños ambientales debe entenderse como ecocidio<sup>115</sup>. Así, la definición incorpora un test de proporcionalidad por el que se pretende alcanzar un equilibrio, inspirado en el principio de desarrollo sostenible, entre las afectaciones al medio ambiente y los beneficios sociales y económicos que se encuentran asociados con una conducta<sup>116</sup>. Por consiguiente, incluso cuando le ocasionen un daño a la naturaleza, ciertas conductas no configurarían el crimen de ecocidio porque sus beneficios sociales y económicos excederán tal daño. En otras palabras, en lo que concierne a las conductas lícitas según las leyes internas, el ecocidio equivaldría al daño desproporcionado causado al medio ambiente en relación con el beneficio que tales conductas reportan para la especie humana.

Por lo tanto, la definición de ecocidio conlleva efectuar, con un enfoque antropocéntrico, un análisis de los costes y beneficios que se desprenden de determinada conducta<sup>117</sup>. Entonces, lo que se criminaliza son los daños excesivos a la naturaleza, donde lo excesivo es una función de aquello que supera o excede el beneficio o utilidad que una conducta implica para la especie humana. Por ende, el crimen de ecocidio no está concebido para situaciones en las que el objetivo es salvaguardar el valor intrínseco de la naturaleza. Efectivamente, tal y como lo indica Heller, si la definición de ecocidio hubiera sido concebida desde una perspectiva ecocéntrica, cualquier conducta lícita que beneficiara a la especie humana pero que implicara una probabilidad considerable de causar un daño grave al medio ambiente, ya fuera generalizado o a largo plazo, sería constitutiva del crimen en cuestión, si se realizó a sabiendas de tal probabilidad, sin importar cualquier otro tipo de consideración asociada con su utilidad o beneficio<sup>118</sup>. En contraste, la definición del grupo de expertos reproduce una lógica utilitarista frente a la naturaleza, ya que esta no goza de protección jurídica *per se*, sino solo

114 *Ibíd.*

115 *Ibíd.*

116 *Ibíd.*

117 Heller, K. J. *Ecocide and Anthropocentric Cost-Benefit Analysis*. En *Opinio Juris*. 26 de junio de 2021. Disponible en: <http://opiniojuris.org/2021/06/26/ecocide-and-anthropocentric-cost-benefit-analysis/>; Heller, K. J. *The Crime of Ecocide in Action*. En *Opinio Juris*. 28 de junio de 2021. Disponible en: <http://opiniojuris.org/2021/06/28/the-crime-of-ecocide-in-action/>

118 Heller. *Ecocide and Anthropocentric Cost-Benefit Analysis*, cit.

en función de los beneficios, tanto sociales como económicos, que le brinda a la humanidad.

### *3.3. Cláusulas de excepciones generales y arbitraje de tratados de inversión*

Al arbitraje de tratados de inversión se le critica porque en el marco de los procedimientos arbitrales se suele cuestionar la manera en que los Estados ejercen su potestad regulatoria frente a asuntos como la salud o la protección del medio ambiente<sup>119</sup>. En efecto, el arbitraje de tratados de inversión implica un ejercicio de autoridad por parte de los árbitros, quienes ejercen control sobre el ejercicio del poder público en los Estados receptores de la inversión<sup>120</sup>. Ante este panorama, los Estados recurren, cada vez con mayor frecuencia, a distintos mecanismos que les permitan limitar la capacidad de los árbitros para auditar la actividad regulatoria estatal en materias de interés público<sup>121</sup>. Uno de estos mecanismos consiste en incluir las llamadas cláusulas de excepciones generales o de orden público en los AII<sup>122</sup>. De acuerdo con Henckels, estas cláusulas le permiten a un gobierno adoptar medidas encaminadas al logro de un objetivo legítimo de política pública, o relacionado con una industria o un sector de la economía que, de otro modo, serían incompatibles con sus obligaciones sustantivas derivadas de un AII<sup>123</sup>.

Ahora bien, el problema con las cláusulas de excepciones generales es que los tribunales de arbitraje mantienen un alto grado de discrecionalidad al momento de interpretarlas con el fin de establecer su contenido normativo. Específicamente, los tribunales adoptan posturas contradictorias en torno a si estas cláusulas operan como una autorización o como una defensa<sup>124</sup>. Así, en el primer escenario, el papel de la excepción es que las obligaciones de un AII no se apliquen con respecto a determinadas medidas regulatorias, las cuales se entenderán como un límite al alcance de las obligaciones a cargo

119 Pohl, J. *Costos y beneficios para la sociedad de los acuerdos internacionales de inversión: análisis crítico de ciertos aspectos y de los datos empíricos disponibles*. OECD, n.º 2018/01. París: OECD, 2018.

120 Tamayo-Álvarez, R. *Constitutionality of the Colombia-France Bilateral Investment Treaty*. En *American Journal of International Law*. Vol. 114, n.º 3, 2020, 472.

121 Kulick, A. (ed.). *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

122 Henckels, C. *Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions?* En *Boston College Law Review*. Vol. 59, n.º 8, 2018, 2825-2844.

123 *Ibíd.*, 2827.

124 *Ibíd.*, 2831.

del Estado. Por ello, al adoptar este tipo de medidas, el Estado no estaría incumpliendo con sus obligaciones consagradas en el AII y, en consecuencia, tampoco comprometería su responsabilidad internacional. En contraste, en el segundo escenario se parte del supuesto de que las medidas regulatorias son una infracción al AII, pero por el hecho de estar amparadas por la cláusula dicho incumplimiento estará justificado<sup>125</sup>.

Esta última manera de entender el contenido de las cláusulas de excepciones generales es la que prevalece en el derecho internacional de las inversiones<sup>126</sup>. En gran medida, esto es producto del arraigo que tiene en el canon jurídico internacional la fórmula empleada por el artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>127</sup>. La función de esta disposición es servir como una justificación para los miembros de la OMC que adoptan medidas que infringen las disciplinas del GATT en materia de liberalización del comercio y no discriminación<sup>128</sup>. Para poder estar amparada a la luz del artículo XX, una medida deberá estar destinada a la realización de alguno de los objetivos de política pública que se encuentran allí listados, varios de los cuales guardan relación con componentes de la naturaleza. Además, debe evaluarse qué tanto contribuye la medida en cuestión al logro del objetivo de política pública, lo que en ciertos casos implica efectuar un análisis de necesidad. Asimismo, se deben satisfacer los requerimientos de la cláusula introductoria del artículo XX, con el fin de evitar abusos en el empleo de las excepciones generales allí contempladas.

Sin embargo, desde un enfoque ecológico, resulta problemático que las cláusulas de excepciones generales solo puedan invocarse para justificar comportamientos que, de otro modo, constituirían un ilícito internacional. Concretamente, porque la legitimidad de las medidas que buscan proteger el medio ambiente termina convirtiéndose en algo extraordinario, alejado de una regla general consistente en la primacía de intereses económicos

125 *Ibíd.*, 2829.

126 Arato, J.; Claussen, K. y Heath, J. *The Perils of Pandemic Exceptionalism*. En *American Journal of International Law*. Vol. 114, n.º 4, 2020, 627-636.

127 Mitchell, A. D.; Munro, J. y Voon, T. *Importing WTO General Exceptions into International Investment Agreements: Proportionality, Myths and Risks*. En Sachs, L.; Johnson, L. y Coleman, J. (eds.), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2017*. Oxford: Oxford University Press, 2019, 305.

128 Tamayo-Álvarez, R. *The Strategic Use of International Investment Law in Colombia-Textiles: Navigating within the International Regime Complex for Development*. En *Law and Development Review*. Vol. 13, n.º 1, 2020, 42.

como el libre comercio o la promoción de las inversiones<sup>129</sup>. Ciertamente, cuando las cláusulas de excepciones generales se esgrimen como defensa, el razonamiento de los tribunales internacionales partirá de la base de que las medidas ambientales que afectan el comercio o la inversión son ilegales *per se* a la luz del derecho internacional, a menos que cumplan con los requisitos para estar amparadas por estas cláusulas. Así, lo que está implícito con este razonamiento es que las normas del derecho internacional económico son prohibitivas en relación con la adopción de medidas ambientales, y que a los Estados les asiste la carga de la prueba consistente en tener que justificar las decisiones gubernamentales que persiguen objetivos ecológicos<sup>130</sup>.

Probablemente, desde el enfoque de la prohibición, esta manera de entender la legalidad de las medidas para la protección del medio ambiente que chocan con la inversión contribuyó a que el tribunal del caso *Eco Oro v. Colombia*<sup>131</sup> interpretara de forma restrictiva la cláusula de excepciones generales al capítulo sobre inversiones del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Colombia y Canadá<sup>132</sup>. En dicha controversia, una compañía canadiense demandó al Estado colombiano por considerar que un conjunto de medidas adoptadas por varias autoridades colombianas, como prohibir la minería en ecosistemas de páramo o no delimitar adecuadamente el páramo de Santurbán, en cuyas inmediaciones la compañía tenía intereses sobre una concesión minera, constituyeron infracciones a sus derechos como inversionista protegido por el TLC entre Colombia y Canadá<sup>133</sup>.

El tribunal decidió que Colombia incumplió con su obligación de concederle al inversionista un trato acorde con el estándar mínimo de tratamiento de extranjeros del derecho internacional consuetudinario<sup>134</sup>. Asimismo, el tribunal desestimó el argumento formulado por la defensa colombiana de que el artículo 2201(3) del TLC debía interpretarse en el sentido de que ninguna disposición del tratado restringía la capacidad de los Estados suscribientes para adoptar medidas ambientales y que, por tanto, la reclamación de Eco Oro quedaba excluida de la competencia del tribunal<sup>135</sup>. Además, desestimó

129 Arato, Claussen y Heath. *The Perils of Pandemic Exceptionalism*, cit.

130 Henckels. *Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions*, cit.

131 *Eco Oro Minerals Corp. v. La República de Colombia*. Caso CIADI n.º ARB/16/41. Laudo del 9 de septiembre de 2021.

132 Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá, firmado el 21 de noviembre de 2008, en vigor desde el 15 de agosto de 2011, Capítulo Ocho.

133 Castro Peña, M. N. *El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión*. En *Revista Derecho del Estado*. N.º 38, 2017, 51.

134 *Eco Oro v. Colombia*, cit., párr. 820-821.

135 *Ibíd.*, párr. 381.

el argumento de que, debido al artículo 2201(3) del TLC, la adopción de medidas ambientales no implicaba que Colombia estuviera en la obligación de reconocerle al inversionista una compensación por las consecuencias adversas que estas le hubieran ocasionado<sup>136</sup>.

Con el primero de sus argumentos Colombia pretendía que la cláusula de excepciones generales se interpretara como una autorización para adoptar medidas ambientales, las cuales quedarían excluidas *per se* del ámbito de aplicación de las disciplinas sobre protección a la inversión consagradas en el Capítulo Ocho del TLC. Sin embargo, apoyado en una lectura literal del artículo 2201(3), el tribunal rechazó que tal disposición pudiera interpretarse como un límite a las obligaciones a cargo de Colombia. Concretamente, según el tribunal, el que esta disposición contuviera la frase “para efectos del Capítulo Ocho” (Inversión) significaba que operaba necesariamente en relación con el Capítulo Ocho, es decir, como una excepción ante la posible infracción de las obligaciones consagradas por dicho capítulo, en vez de excluir a las medidas ambientales de su ámbito de aplicación<sup>137</sup>.

Frente al segundo argumento de Colombia, el tribunal se basó en el preámbulo del TLC para manifestar que la protección del medio ambiente y la protección de las inversiones no están subordinadas una a la otra, sino que deben coexistir de manera mutuamente beneficiosa<sup>138</sup>. Así, el tribunal manifestó que nada de lo dispuesto en el TLC le impedía a Colombia adoptar medidas para proteger los ecosistemas de páramo, con tal que estas no fueran arbitrarias, injustificadamente discriminatorias o una restricción encubierta al comercio internacional<sup>139</sup>. Sin embargo, a continuación, el tribunal manifestó que, como el preámbulo del TLC incluye el propósito de garantizar un marco legal predecible para la planificación de los negocios y las inversiones, el hecho de adoptar medidas ambientales no eximía a Colombia de tener que compensar al inversionista por las pérdidas sufridas a raíz de tales medidas<sup>140</sup>. Al sustanciar este punto, el tribunal expuso, entre otras razones, que Colombia no justificó que era necesario rehusar darle una compensación a Eco Oro para el logro de los objetivos ambientales declarados<sup>141</sup>.

El razonamiento del tribunal deja dudas desde el punto de vista ecológico. En términos prácticos, significa que incluso cuando se está en presencia de

136 *Ibíd.*, párr. 837.

137 *Ibíd.*, párr. 380.

138 *Ibíd.*, párr. 828.

139 *Ibíd.*, párr. 829.

140 *Ibíd.*, párr. 830.

141 *Ibíd.*, párr. 832.

una cláusula de excepciones generales es necesario compensar económicamente a los inversionistas extranjeros por los perjuicios derivados de la adopción de medidas ambientales por parte de los Estados. Lo anterior puede conducir al llamado enfriamiento regulatorio, fenómeno consistente en que las autoridades de un país se inhiban de adoptar medidas regulatorias ante el riesgo de que estas generen el deber de indemnizar a terceros afectados, con el consecuente costo fiscal que ello entraña<sup>142</sup>. Además, esta clase de argumentos son el epítome de la mirada antropocéntrica de la naturaleza, donde esta no se protege por su valor intrínseco, sino en función de otras consideraciones, como el efecto que las medidas ambientales tienen sobre las inversiones, así como las preferencias de los árbitros en materia de buen gobierno relativas a cómo deben implementarse tales medidas.

## CONCLUSIONES

En este artículo se analizó la forma en que el derecho constituye la relación entre sociedad y naturaleza. Concretamente, se argumentó que el papel del derecho responde a la economía política de la Modernidad capitalista que entiende la ecología del planeta a partir de la producción de valor y la maximización de la utilidad para la especie humana. Por ende, la protección jurídica de la naturaleza ha estado supeditada al crecimiento económico, la acumulación de capital y otros intereses definidos con una mirada antropocéntrica. Asimismo, se argumentó que la principal contribución de los derechos de la naturaleza y el principio del buen vivir es la de permitir imaginar alternativas de relacionamiento entre la sociedad y la naturaleza, particularmente, donde esta sea valorada por su importancia intrínseca para la subsistencia de la vida en el planeta. Así, ambos conceptos se intersecan en un proyecto transformador que entiende la protección del ambiente natural por fuera de los límites epistémicos de la Modernidad capitalista.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sido capaz de enriquecer su jurisprudencia con postulados asociados a este proyecto político. Específicamente, la Corte IDH ha reconocido que el derecho a un medio ambiente sano es un derecho autónomo de contenido independiente<sup>143</sup>. Además, ha manifestado que los distintos componentes de la naturaleza

142 Tienhaara, K. *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science*. En Brown, C. y Miles, K. (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Nueva York: Cambridge University Press, 2011, 606-627.

143 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17, medio ambiente y derechos humanos, del 15 de noviembre de 2017, párr. 62. También véase Corte IDH. Sentencia del caso *Comunidades*

son intereses jurídicos protegidos en sí mismos aun cuando no se tenga certeza de la vulneración de derechos humanos conexos<sup>144</sup>. Así, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha abierto a la idea de proteger la naturaleza no solo por su valor instrumental para la especie humana, sino por su importancia para los demás organismos vivos del planeta, a los que la Corte reconoce como merecedores de protección jurídica en sí mismos<sup>145</sup>. De modo similar, en el contexto colombiano, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) ha reconocido al territorio colectivo y ancestral de las comunidades indígenas y afrocolombianas como víctima del conflicto armado<sup>146</sup>. En tal medida, la JEP reconoce otras formas de relacionamiento entre sociedad y naturaleza, argumentando que el estrecho vínculo que las comunidades mantienen con sus territorios es la base de sus dinámicas autónomas en los ámbitos cultural, social, político, económico y espiritual<sup>147</sup>.

Estos desarrollos permiten avizorar que es posible articular un cambio de paradigma en el derecho internacional que implique un vuelco con respecto al carácter instrumental con el que la imaginación jurídica contemporánea concibe la naturaleza y su relación con la sociedad. Ahora bien, no es casual que tales desarrollos provengan de la práctica jurídica latinoamericana sobre derechos humanos, nutrida con modos de argumentación jurídica de tipo ecocéntrico afines al proyecto político de los derechos de la naturaleza y el buen vivir, como se señaló en varios pasajes de este texto<sup>148</sup>. En contraste, los casos analizados en este artículo indican que el antropocentrismo sigue siendo la lógica dominante en el derecho internacional. Ante ese panorama, surge la reflexión respecto de qué se necesita para que el derecho internacional generado en espacios hegemónicos para la construcción del conocimiento jurídico<sup>149</sup> tenga una mayor apertura hacia el cambio de paradigma al que apuntan los derechos de la naturaleza y el buen vivir.

*indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. 6 de febrero de 2020, párr. 203.

144 Opinión Consultiva OC-23/17, cit., párr. 62.

145 *Ibíd.*

146 Véase, por ej., Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Caso n.º 002 de 2018. Auto SRVBIT-2018. 24 de enero de 2020.

147 *Ibíd.*, párr. 102-117.

148 Por ejemplo, véase Montalván Zambrano, D. *Antropocentrismo y ecocentrismo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía*. Vol. 23, n.º 46, 2021, 505-527.

149 Al respecto, véase Bonilla, D. *La economía política del conocimiento jurídico*. En *Revista de Estudos Empíricos em Direito—Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*. Vol. 2, n.º 1, 2015, 26-59.

Por tal razón, en este artículo se promovió la idea de un giro decolonial. En esencia, el llamado es a reconocer la importancia de que actores e instituciones como la CDI o los tribunales de arbitraje de tratados de inversión se sumen al proyecto político de resignificar las ideas sobre las que está construida la actual estructura para la gobernanza ambiental internacional. En efecto, ante la magnitud de la actual crisis ambiental, si el derecho internacional pretende contribuir a realizar objetivos de justicia ambiental y social, deberá hacerlo a partir de una ecología política que reconozca modelos alternativos de producción y relacionamiento con el medio ambiente concebidos por fuera del marco epistémico de la Modernidad capitalista.

#### REFERENCIAS

- Alexander, G. S. y Peñalver, E. M. *An Introduction to Property Theory*. Nueva York: Cambridge University Press, 2012.
- Ambos, K. *Protecting the Environment through International Criminal Law?* En *EJIL:Talk!* Blog of the European Journal of International Law. 29 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/protecting-the-environment-through-international-criminal-law/>
- Anghie, A. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge University Press, 2004.
- Arato, J.; Claussen, K. y Heath, J. *The Perils of Pandemic Exceptionalism*. En *American Journal of International Law*. Vol. 114, n.º 4, 2020.
- Bacchus, J. *The Willing World: Shaping and Sharing a Sustainable Global Prosperity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Bétaille, J. *Rights of Nature: Why it Might (Not) Save the World*. En *Journal for European Environmental and Planning Law*. Vol. 16, n.º 1, 2019.
- Block, F. *Introducción*. En Polanyi, K. *La gran transformación: los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*. Fondo de Cultura Económica, 2012.
- Bonilla Maldonado, D. *El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia*. En *Revista Derecho del Estado*. N.º 42, 2018.
- Bonilla, D. *La economía política del conocimiento jurídico*. En *Revista de Estudos Empíricos em Direito—Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*. Vol. 2, n.º 1, 2015.
- Brundtland, G. H. *Our Common Future. Report of the World Commission on Environment and Development*. 1987.
- Castro Peña, M. N. *El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión*. En *Revista Derecho del Estado*. N.º 38, 2017.

- Clark, B. y York, R. *Carbon Metabolism: Global Capitalism, Climate Change, and the Biospheric Rift*. En *Theory and Society*. Vol. 34, n.º 4, 2005.
- Cutler, A. C. *New Constitutionalism and the Commodity Form of Global Capitalism*. En Gill, S. y Cutler, A.C. (eds.), *New Constitutionalism and World Order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- Daly, E. *The Ecuadorian Exemplar: The First Ever Vindications of Constitutional Rights of Nature*. En *Review of European Community & International Environmental Law*. Vol. 21, n.º 1, 2012.
- Darpö, J. *Can Nature Get it Right? A Study on Rights of Nature in the European Context*. European Parliament, 2021.
- D'Souza, R. *What's Wrong with Rights? Social Movements, Law and Liberal Imaginations*. Londres: Pluto Press, 2018.
- Droege, C. y Tougas, M. L. *The Protection of the Natural Environment in Armed Conflict. Existing Rules and Need for Further Legal Protection*. En *Nordic Journal of International Law*. Vol. 82, n.º 1, 2013.
- Escobar, A. *Latin America at the Crossroads: Alternative Modernizations, Postliberalism, or Post-Development?* En *Cultural Studies*. Vol. 24, n.º 1, 2010.
- Escobar, A. *Encountering Development: The Making and Unmaking of the Third World*. 2.<sup>a</sup> ed. Princeton University Press, 2011.
- Eslava, L. *El Estado desarrollista: independencia, dependencia y la historia del Sur*. En *Revista Derecho del Estado*. N.º 43, 2019.
- Foster, J. B. *Marx's Theory of Metabolic Rift: Classical Foundations for Environmental Sociology*. En *American Journal of Sociology*. Vol. 105, n.º 2, 1999.
- Foster, J. B. *Marx's Ecology. Materialism and Nature*. Nueva York: Monthly Review Press, 2000.
- Franks, S. *The Trees Speak for Themselves: Nature's Rights under International Law*. En *Michigan Journal of International Law*. Vol. 42, n.º 3, 2021.
- Geithus Laastad, S. *Nature as a Subject of Rights? National Discourses on Ecuador's Constitutional Rights of Nature*. En *Forum for Development Studies*. Vol. 42, n.º 3, 2020.
- Giraldo I. *Coloniality at Work: Decolonial Critique and the Postfeminist Regime*. En *Feminist Theory*. Vol. 17, n.º 2, 2016.
- González Jácome, J. *Los debates sobre la historia del derecho: de las teorías reflejo a la relativa autonomía del campo jurídico*. En *Historias críticas del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2017.
- Grosfoguel, R. *The Epistemic Decolonial Turn: Beyond Political-Economy Paradigms*. En *Cultural Studies*. Vol. 21, n.º 2-3, 2007.

- Gudynas, E. *La dimensión ecológica del buen vivir: entre el fantasma de la Modernidad y el desafío biocéntrico*. En *Revista Obets*. Vol. 4, n.º 1, 2009.
- Gudynas, E. *La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador*. En *Revista de Estudios Sociales*. Vol. 32, n.º 34, 2009.
- Gudynas, E. *Buen Vivir: Today's Tomorrow*. En *Development*. Vol. 54, n.º 4, 2011.
- Hardin, G. *The Tragedy of the Commons*. En *Science*, new series. Vol. 162, n.º 3859, 1968.
- Heller, K. J. *Skeptical Thoughts on the Proposed Crime of "Ecocide" (That Isn't)*. En *Opinio Juris*. 23 de junio de 2021. Disponible en: <http://opiniojuris.org/2021/06/23/skeptical-thoughts-on-the-proposed-crime-of-ecocide-that-isnt/>
- Heller, K. J. *Ecocide and Anthropocentric Cost-Benefit Analysis*. En *Opinio Juris*. 26 de junio de 2021. Disponible en: <http://opiniojuris.org/2021/06/26/ecocide-and-anthropocentric-cost-benefit-analysis/>
- Heller, K. J. *The Crime of Ecocide in Action*. En *Opinio Juris*. 28 de junio de 2021. Disponible en: <http://opiniojuris.org/2021/06/28/the-crime-of-ecocide-in-action/>
- Henckels, C. *Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions?* En *Boston College Law Review*. Vol. 59, n.º 8, 2018.
- Hickel, J. y Kallis, G. *Is Green Growth Possible?* En *New Political Economy*. Vol. 25, n.º 4, 2020.
- Jacobsson, M. y Letho, M. *Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts. An Overview of the International Law Commission's Ongoing Work*. En *Goettingen Journal of International Law*. Vol. 10, n.º 1, 2020.
- Kauffman, C. M. y Martin, P. L. *Can Rights of Nature Make Development More Sustainable? Why Some Ecuadorian Lawsuits Succeed and Others Fail*. En *World Development*. Vol. 92, 2017.
- Koppe, E. V. *The Principle of Ambiguity and the Prohibition against Excessive Collateral Damage to the Environment during Armed Conflict*. En *Nordic Journal of International Law*. Vol. 82, n.º 1, 2013.
- Kotzé, L. J. y French, D. *The Anthropocentric Ontology of International Environmental Law and the Sustainable Development Goals: Towards an Ecocentric Rule of Law in the Anthropocene*. En *Global Journal of Comparative Law*. Vol. 7, n.º 1, 2018.
- Kulick, A. (ed.). *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- Locke, J. *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Madrid: Espasa-Calpe, 1991.
- Luxemburg, R. *The Accumulation of Capital: A Contribution to an Economic Explanation of Imperialism* (1913). Londres y Nueva York: Routledge, 2003.

- Mansfield, B. *Introduction: Property and the Remaking of Nature-Society Relations*. En Mansfield, B. (ed.), *Privatization: Property and the Remaking of Nature-Society Relations*. Malden, MA: Blackwell, 2008.
- Martin, C. *Atmospheric Intervention? The Climate Change Crisis and the Jus ad Bellum Regime*. En *Columbia Journal of Environmental Law*. Vol. 45, n.º S, 2020.
- Mignolo, W. D. *The Darker Side of the Renaissance: Literacy, Territoriality, and Colonization*. University of Michigan Press, 1995.
- Mignolo W. D. *Epistemic Disobedience, Independent Thought and Decolonial Freedom*. En *Theory, Culture & Society*. Vol. 26, n.º 7-8, 2009.
- Mignolo, W. D. *Epistemic Disobedience and the Decolonial Option: A Manifesto*. En *Transmodernity: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*. Vol. 1, n.º 2, 2011.
- Mignolo, W. D. *The Darker Side of Modernity: Global Futures, Decolonial Options*. Durham y Londres: Duke University Press, 2011.
- Mitchell, A. D.; Munro, J. y Voon, T. *Importing WTO General Exceptions into International Investment Agreements: Proportionality, Myths and Risks*. En Sachs, L.; Johnson, L. y Coleman, J. (eds.), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2017*. Oxford University Press, 2019.
- Montalván Zambrano, D. *Antropocentrismo y ecocentrismo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía*. Vol. 23, n.º 46, 2021.
- Naciones Unidas, Asamblea General. *Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Texto y título del proyecto de principios aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en primera lectura. Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 2019.
- Naciones Unidas, Asamblea General. *Hacia un pacto mundial por el medio ambiente*. A/72/L.51, 2018.
- Naciones Unidas, Asamblea General. *Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente (Informe del Secretario General)*. A/73/419, 2018.
- Neocleous, M. *International Law as Primitive Accumulation; or, the Secret of Systematic Colonization*. En *European Journal of International Law*. Vol 23, n.º 4, 2012.
- Nevitt, M. *Is Climate Change a Threat to International Peace and Security?* En *Michigan Journal of International Law*. Vol. 42, n.º 3, 2021.
- OECD. *Towards Green Growth*, OECD, 2011.
- Orrego Fernández, D. *Sobre el concepto de autonomía relativa en las investigaciones jurídicas nacionales*. En *Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 21, n.º 1, 2019.

- Otero, I. *et al.* *Biodiversity Policy beyond Economic Growth*. En *Conservation Letter*. Vol. 13, n.º 4, 2020.
- Özsu, U. *Grabbing Land Legally: A Marxist Analysis*. En *Leiden Journal of International Law*. Vol. 32 n.º 2, 2019.
- Pohl, J. *Costos y beneficios para la sociedad de los acuerdos internacionales de inversión. Análisis crítico de ciertos aspectos y de los datos empíricos disponibles*. OECD, n.º 2018/01. París: OECD, 2018.
- Polanyi, K. *La gran transformación: los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2012.
- Purdy, J. *The Meaning of Property: Freedom, Community and the Legal Imagination*. New Haven: Yale University Press, 2010.
- Quijano, A. *Coloniality of Power and Eurocentrism in Latin America*. En *International Sociology*. Vol. 15, n.º 2, 2000.
- Quijano, A. *Coloniality and Modernity/Rationality*. En *Cultural Studies*. Vol. 21, n.º 2, 2007.
- Radcliffe, S. *Development for a Postneoliberal Era? Sumak Kawsay, Living Well and the Limits to Decolonisation in Ecuador*. En *Geoforum*. Vol. 43, n.º 2, 2012.
- Rodrigues, S. *Localising 'The Rights Of Nature': A Critical Discourse Analysis*. En *Green Letters: Studies in Ecocriticism*. Vol. 18, n.º 2, 2014.
- Stop Ecocide Foundation. *Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide. Commentary and Core Text*. 2021.
- Tamayo-Álvarez, R. *Constitutionality of the Colombia-France Bilateral Investment Treaty*. En *American Journal of International Law*. Vol. 114, n.º 3, 2020.
- Tamayo-Álvarez, R. *The Strategic Use of International Investment Law in Colombia-Textiles: Navigating within the International Regime Complex for Development*. En *Law and Development Review*. Vol. 13, n.º 1, 2020.
- Tienhaara, K. *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science*. En Brown, C. y Miles, K. (ed.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Nueva York: Cambridge University Press, 2011.
- Thomas, C. *Advancing the Legal Protection of the Environment in Relation to Armed Conflict: Protocol I's Threshold of Impermissible Environmental Damage and Alternatives*. En *Nordic Journal of International Law*. Vol. 82, n.º 1, 2013.
- Tzouvala, N. *World Trade and Investment Law Reimagined: A Progressive Agenda for an Inclusive Globalization*. En *European Journal of International Law*. Vol. 31, n.º 3, 2020.
- Tzouvala, N. *Capitalism as Civilisation: A History of International Law*. Cambridge University Press, 2020.
- UNEP. *Protecting the Environment During Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law*. Nairobi: Naciones Unidas, 2009.

### *Jurisprudencia*

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-622 de 2016.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17, medio ambiente y derechos humanos, del 15 de noviembre de 2017.

Corte IDH. Sentencia del caso *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, 6 de febrero de 2020.

*Eco Oro Minerals Corp. v. La República de Colombia*. Caso CIADI n.º ARB/16/41. Laudo del 9 de septiembre de 2021.

Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Caso n.º 002 de 2018. Auto SRVBIT-2018. 24 de enero de 2020.

### *Tratados*

Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá, 2008.

Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (ENMOD), 1976.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998.

Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977.