

La naturaleza del vínculo existente entre los derechos humanos y la protección de la biodiversidad¹

*Alina Celi Frugoni**

Resumen

El artículo analiza la protección jurídica de la biodiversidad desde una visión sistémica ampliada del Derecho ambiental, teniendo en cuenta aspectos relacionados y escasamente considerados en su verdadera importancia. El objetivo es trazar rutas para comprender una de las principales emergencias ambientales, como es la progresiva pérdida de la biodiversidad. También discutir aspectos sociales y culturales desde donde analizar la naturaleza entre los derechos humanos y la protección de la biodiversidad. La categoría jurídica de los derechos humanos permite recrear nuevas lecturas y críticas de la dogmática jurídica, enfocada a la protección de la biodiversidad y el medio ambiente.

Palabras clave: Biodiversidad. Derechos humanos. Sistema jurídico ambiental.

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v28i1.4839>

¹ El título del artículo se inspira en el Informe anual de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, (2011). 19no. período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas (A/HRC/19/34). Recuperado en 20 de agosto de 2014. Disponible em: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-34_sp.pdf.

* Professora da Fundação Universitária Iberoamericana (Espanha) e na Universidade de Montevideo (Uruguai). Doctora en Derecho (Universidad de Alicante, 2011), Máster en Derecho Administrativo Económico (Universidad de Montevideo, 2005), Postgrado en Derecho Ambiental (Universidad Austral de Buenos Aires, 2004). Graduación en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad de la República Oriental del Uruguay, 1994). El artículo se enmarca dentro de la investigación que desarrolla la autora en el ámbito de la UNISINOS (Universidad do Vale do Rio dos Sinos, Brasil) bajo la dirección del Prof. Dr. Leonel Severo Rocha, y con el apoyo económico del Programa Nacional de Posdoctorado de la Fundação CAPES (Ministerio de Educación, Brasil). El trabajo se presenta en ocasión del Seminario Internacional Chile-Brasil sobre Socio-biodiversidad, Derechos Humanos y Multiculturalismo”, organizado por el Núcleo de Investigación en Estudios Interétnicos e Interculturales, de la Universidad Católica de Temuco (Chile), celebrado en dicho centro académico entre los días 27 y 30 de agosto de 2014 y entre otros, refleja conceptos oportunamente expuestos y debatidos por los participantes.

Introducción

Al ser el Derecho una experiencia social, el estudio de la naturaleza del vínculo existente entre los derechos humanos y la protección de la biodiversidad, debe llevarse a cabo desde una perspectiva jurídica amplia, comprensiva de aspectos sociales y culturales indisociables, en tanto dichos aspectos se caracterizan por constituir bienes jurídicos tutelados. La razón principal de este enfoque radica en que el ser humano interactúa de diversas formas, culturales y sociales con su especie y con otras e incidiendo en mayor o menor grado en el uso y la conservación de la diversidad biológica, entendida como “la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende, la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas”.²

La protección de la Naturaleza instituida como bien jurídico se concreta a partir de diversos componentes de carácter dogmático, a pesar de lo cual es necesario ampliar el campo de estudio y superar la tendencia jurídica de analizar únicamente los aspectos dogmáticos vinculados al conjunto de principios y reglas. De esta forma resultan de especial interés los procesos de formación del Derecho y todo elemento que tradicionalmente fuera considerado exógeno al Derecho y en particular a las normas jurídicas. La Naturaleza y sus reglas desconocidas como objeto del Derecho extravasa el objeto tradicional de estudio de otras ramas jurídicas basadas en las relaciones interpersonales, por ello la nueva disciplina abre una serie de interrogantes sobre modos tradicionales del quehacer jurídico y su interpretación y aplicación, que requieren de observaciones y relecturas ampliadas.

Por cabe referir a los fundamentos de la modalidad clásica del Derecho y en particular a la “teoría pura del derecho”, denominación que Hans Kelsen³ dio a su doctrina y que se debió -como el autor afirma- al hecho de prescindir de “todos los elementos extraños al método específico de una ciencia cuyo exclusivo propósito es el conocimiento del derecho, no a la formación del mismo.” La concepción kelseniana del Derecho, consistente en un conjunto de normas

² Definición dada por el Convenio sobre Diversidad Biológica de Naciones Unidas (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 5 jun.1992, en vigor 29 dic. 1993).

³ KELSEN Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, (trad. GARCIA MAYNEZ, Eduardo), México D.F., Universidad Autónoma de México, Facultad de Derecho, 1958, p. VI.

ordenadas, siendo dicho orden esencial a la naturaleza del Derecho por ser concebidas bajo una unidad sistémica y recayendo sobre la conducta humana (Kelsen, 1958), es el escenario (clásico) en que surge el Derecho ambiental, poco más de cuatro décadas atrás y con un caudal normativo realmente innovador respecto a la creación y recreación de técnicas e instrumentos jurídicos tradicionales basados en el fundamento de la dependencia humana con la Naturaleza y la finitud de los recursos naturales, la necesidad de una gestión del uso y conservación de los bienes ambientales y la redefinición de los objetivos del desarrollo humano, que concluyen siendo resumidos en el concepto del desarrollo sustentable.

Las necesidades humanas básicas y globales requieren de una urgente protección para continuidad de la vida en el planeta e irrumpen en el sistema jurídico internacional, enriqueciendo la realidad jurídica con respecto a la visión sistémica prevalente, es decir la de reducir el sistema jurídico al elemento normativo cual si fuera el único.⁴

Por ello Andrés Betancor⁵ define al Derecho ambiental como objeto de análisis excediendo los límites de la teoría de Kelsen, haciendo hincapié en la importancia de conformar “una relación entre el sistema normativo y el conjunto de factores, en particular subjetivos, que se mueven en su entorno”; estos factores están compuestos fundamentalmente por quienes tienen poderes jurídicos de “crear y aplicar el Derecho”, pero también por los sujetos destinatarios de las normas, es decir los ciudadanos y organizaciones ambientalistas capaces de contribuir al cambio del Derecho, ampliando de este modo el sistema jurídico en lo referente a aspectos institucionales y con ello incorporando otros matices socioculturales, tanto en lo referente a las estructuras como en el funcionamiento de las mismas. De este modo cabe rescatar con Betancor las teorías sistémicas del Derecho, y en particular la teoría de sistema social de Niklas Luhmann que adopta el concepto de autopoiesis desarrollado por Humberto R. Maturana y Francisco J. Varela, referido a los sistemas vivos.⁶

En términos generales, el modelo sistémico tradicional de Derecho transita un proceso de agotamiento que provoca aquello que Luis alberto warat⁷ describiera como de, “desencanto con relación a los grandes principios del derecho

⁴ BETANCOR, Andrés. *Instituciones de Derecho Ambiental*. Madrid, La Ley, 2001, p. 13.

⁵ BETANCOR, Andrés. *Instituciones de Derecho Ambiental*. p. 7

⁶ BETANCOR, Andrés. *Instituciones de Derecho Ambiental*. p. 28.

⁷ WARAT Luis Alberto, “Questão em debate. Ética, democracia y ciudadanía”. In: *Sequência estudos jurídicos e políticos*, v. 14, n. 26, Florianópolis, UFSC, 1993, p. 1-27.

que orientaron durante tanto tiempo la legitimación de lo verdadero y lo justo”. En particular el fenómeno de la pérdida progresiva de la biodiversidad pone en jaque al Derecho ambiental y evidencia su insuficiencia muy a pesar de la enorme producción normativa y de los avances en la toma de conciencia de la crisis ambiental, como se destacara en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sustentable (Informe de Iniciativa Latinoamericana y Caribeña para el Desarrollo Sustentable, Johannesburgo, 1992).

En este contexto en particular y en general ante el agravamiento de la problemática ambiental la doctrina ensaya un nuevo paradigma jurídico, sin perjuicio de lo cual creemos que más que hablar de nuevo paradigma, es necesario definir puntos de partida del análisis de la protección de la biodiversidad alternativos. Es posible llevar a cabo una observación e interpretación del sistema de protección jurídica y de su estado crítico, a partir del estudio de la naturaleza del vínculo que existe entre la categoría de los derechos humanos y la biodiversidad.

La categoría de los derechos humanos es lo suficientemente dinámica y evolutiva, amplia y compleja como punto de observación del sistema social. De dicha complejidad abordamos la referencia a cuatro componentes esenciales de esta categoría que deben ser vinculados a la protección de la biodiversidad: el acceso al desarrollo humano, el respeto a la diversidad sociocultural, la promoción del ejercicio de la ciudadanía y (con ello de) la justicia ambiental. Estos cuatro elementos son recogidos por los sistemas de Derecho internacional en diversos textos y si bien son componentes inherentes a la dignidad humana, desde una concepción jurídica clásica, se encuentran en el “entorno” del Derecho.

Aspectos del ámbito de la protección de la biodiversidad.

La interacción humana con otras especies se produce en el ecosistema global como conjunto de factores físicos, químicos, biológicos, sociales y culturales (incluidos los económicos y políticos). De esta forma el concepto de biodiversidad ampliado, en el sentido que trasciende el contenido físico-químico-biológico, integra aspectos socioculturales y de esas interacciones se deriva un sistema social complejo; en definitiva el ser humano integra la biodiversidad en crisis.

El complejo infinito de relaciones en red constituye desde un punto de vista científico aún una incógnita, y el espacio de protección jurídica (y en particular del uso y conservación de la biodiversidad) se desplaza hacia el conjunto de

especies conocidas y las que no lo son y sus respectivos hábitat, incluido el ser humano y hacia otras formas de vida inferiores como la bacterias de especial productivo para diversas aplicaciones industriales. Por último también componen el concepto de biodiversidad en un sentido amplio todas las interacciones de las especies y organismos conocidos y los que no lo son, así como sus manifestaciones conductuales y relaciones con otros ecosistemas.

En este espacio jurídico, resultan útiles y aplicables los aportes de NIKLAS LUHMANN y el destaque que el mismo hace sobre la complejidad y contingencia de la sociedad como sistema social, así como la constante relación de las acciones del sistema junto a la importancia de captar dicha complejidad con el fin de ser capaz “de reducirla a bases de acción, pasibles de decisiones”.⁸

No puede desconocerse que la complejidad de las relaciones surgidas desde el ser humano en el entorno ambiental no hayan sido reconocida en los sistemas jurídicos, pues aparecen tempranamente aún desde la “centralidad del hombre” (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 1972) y continúa presente en el resto de las conferencias sobre medio ambiente en el ámbito de las Naciones Unidas y en múltiples documentos del ordenamiento jurídico internacional y local con mayor consciencia ecológica y menos antropocentrismo que en el inicio.

Ello ha contribuido a la toma de consciencia de la complejidad del universo y de las múltiples formas de vida, su carácter inconmensurable para el conocimiento humano y su dependencia directa y complejidad sistémica, lo que conduce cada vez más a anteponer criterios y reflexiones de orden biológicas y éticas, al concebir la vida como “proceso de conocimiento” bajo el objetivo de su comprensión para lo que es, “necesario entender cómo los seres vivos conocen el mundo”.⁹

La grandeza de la Naturaleza obliga ante todo, a un acercamiento a ella, con una actitud moral y ética de modestia y reverencia, que nos permita observarla y formularnos múltiples interrogantes antes de adoptar cualquier acción, incluida la normativa. Es necesaria una concepción ética distinta a la tradicio-

⁸ LHUMANN, Niklas, *Sociologia do Direito I*, Rio de Janeiro, Biblioteca Tempo Universitário 75, 1983, p. 168.

⁹ MARIOTTI Humberto. Prefacio. In, MATURANA Humberto y VARELA Francisco J., *A árvore do conhecimento, as bases biológicas da compreensão humana*, (Trad.: MARIOTTI Humberto e DISKIN Lia), 9a., edição, São Paulo, Palas Athenea, 2011, p. 7. Comentando cuál es el punto de partida de la obra de los autores.

nal, que responda a un tipo diverso de sensibilidad, una “ética ecológica”¹⁰, pero ética al fin y al cabo que supera la concepción tradicional de hombre a hombre¹¹ y abarca a la Naturaleza; pues como afirman Humberto Maturana Y Francisco J. Varela¹², “toda acción humana tiene sentido ético” y esa relación de lo humano con lo humano en la experiencia del lenguaje es el fundamento de “toda ética como reflexión sobre la legitimidad de la presencia del otro”; ese otro que debe ser extendido al resto de las especies.

Detener la pérdida progresiva y creciente de la biodiversidad requiere de “conocer cómo conocemos” todas las formas de vida y ser capaces de entender cómo aún privilegiamos explicaciones científicas tradicionales sobre las formas del conocimiento humano, o lo que es lo mismo, cómo nuestro cerebro a través de procesos cognitivos toma la información del mundo, privilegiando la objetividad y descartando la subjetividad, concluyendo el proceso en representaciones mentales limitadas y erróneas, con las consecuencias prácticas y éticas que se derivan.¹³ Esta visión separatista -como explica Humberto Mariotti¹⁴- ha desencadenado graves distorsiones del comportamiento “tanto en relación al ambiente como lo que respecta a la alteridad”.

Esta complejidad tiene un primer corolario y es que deben ser revisados aquellos resultados hegemónicos proveniente del Derecho que se orienten a dar soluciones uniformes ya sea bajo la forma de principios como de reglas, a problemas socioculturales tan diversos como el uso y la conservación de la diversidad biológica.

¹⁰ MORATALLA Agustín Domingo, La novedad de una “ética” en la crisis ecológica. In: *La edad ecológica de la moral*. De la justicia social a la responsabilidad cósmica. Iglesia viva: Revista de pensamiento cristiano, num.193, (ene-mar),1998, p.1-67. <http://iviva.org/la-revista/>. Acceso en 10.12.2014.

¹¹ JONAS Hans. *O princípio responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. (Tradução LISBOA Marijane e BARROS MONTEZ Luiz), Rio de Janeiro, Contraponto, Editora PUC Rio, 1a. reimpressão, 2011, p. 35.

¹² MATURANA Humberto y VARELA Francisco J., *A árvore do conhecimento, as bases biológicas da compreensão humana*, (Trad.: MARIOTTI Humberto e DISKIN Lia), 9a., edição, São Paulo, Palas Athenea, 2011, p. 269.

¹³ MARIOTTI Humberto. Prefacio. In: MATURANA Humberto y VARELA Francisco J. *A árvore do conhecimento, as bases biológicas da compreensão humana*, (Trad.: MARIOTTI Humberto e DISKIN Lia), 9a, edição, São Paulo, Palas Athenea, 2011, p. 8

¹⁴ Ibidem.

Protección de la biodiversidad basada en la dignidad y los derechos humanos

La aceptación de la complejidad del sistema social y su abordaje por el Derecho desde una visión sistémica estructural-funcionalista, conduce a la crítica al sistema político, económico-liberal y con el deber del reconocimiento de las diferencias y de la tolerancia¹⁵. El sistema económico e ideológico predominante es el eje conductor tanto de las formas de producción y consumo como del reparto de la renta mundial; de las situaciones de escasez y sobreabundancia de bienes y servicios; de las orientaciones tecnológicas y de los mayores impactos negativos ambientales a escala local y global, y finalmente del grado de protección de los recursos naturales.

Agustín Domínguez Moratalla¹⁶ refiere a dos de las formas de comprensión del liberalismo en un contexto de universalización que disfraza particularismos: a) un liberalismo intolerante a las diferencias donde las reglas son generales, sin excepciones y donde existe una desconfianza hacia las metas colectivas, y b) un liberalismo de tipo procedimental abierto a las diferencias culturales y al reconocimiento de los derechos humanos pero insuficiente en cuanto se aplica un principio de igualdad liberal basado en la no discriminación como trato uniforme que forzosamente elimina las diferencias de los ciudadanos.

En cuanto a esta última afirmación cabe mencionar un fenómeno frecuente en los procesos de gestión ambiental que puede describirse como una renuncia tácita al ejercicio de la ciudadanía frente al poder político, con respecto al ejercicio de los derechos y deberes con el medio ambiente y que pone de manifiesto entre otras cosas la eliminación de las diferencias entre los ciudadanos. En efecto la participación ambiental de la ciudadanía está garantizada pero los procedimientos no recogen las diferencias de los ciudadanos posibilitando dicha participación en forma efectiva, ni aún en los casos de las mujeres y los jóvenes, especialmente previstos en la normativa ambiental internacional (Declaración de Río, 1992).

El problema surge desde el esquema liberal y el principio de no discriminación aleja aún más las posibilidades reales de resolver las necesidades de las personas más sumergidas en la pobreza dejando de lado las particularidades de

¹⁵ DOMINGO MORATALLA, Agustín. *Ciudadanía multicultural, conflicto y cultura de la paz*. Temuco: Universidad Católica de Temuco, 2011, p.31. El autor comenta el ensayo de Charles Taylor sobre la política de reconocimiento, recogida por la editora Amy Gutmann, *El multiculturalismo y la "política del reconocimiento"*, FCE, México, 1993.

¹⁶ DOMINGO MORATALLA, Agustín. *Ciudadanía multicultural, conflicto y cultura de la paz*. p. 34-35.

la vida de los mismos, que como dice Agustín Domingo Moratalla¹⁷, constituyen un papel sustantivo para construir sus proyectos de vida.

Las inminentes olas migratorias de pueblos y comunidades debidas al cambio climático y otros impactos ambientales negativos, requieren de una urgente crítica a la falta de reconocimiento de las diferencias sociales y culturales. La diversidad cultural asociada a estos cambios sociales exigen respuestas rápidas para estos grupos de inmigrantes, que como expresa Agustín Domingo Moratalla¹⁸ manifiestan su deseo a integrarse a la sociedad y tienen derecho a ello. Esa aceptación que menciona Agustín Moratalla¹⁹ -a juicio de Ricoeur- va de la mano del reconocimiento de los otros y para ello ese reconocimiento ha de tener una particularidad que es la “mutualidad”, pues el reconocimiento mutuo es “entre personas”, mientras que el reconocimiento recíproco es un concepto asociado a la teoría por “encima de las personas” y sus transacciones.

Pero esta reciprocidad se encuentra en la base de las relaciones entre Estados y en base a excepciones admisibles que los Estados pueden invocar es que se ven afectados los derechos de las personas, creando de esta forma fuertes desequilibrios que impactan directamente en el ejercicio de los derechos humanos, teniendo en cuenta que la reciprocidad puede no representar necesariamente medidas justas para los pueblos o inversamente, negar la reciprocidad poniendo en riesgo la paz entre los Estados y generando tensiones internacionales.

Esta tensiones del ámbito global, deberán ser resueltas por las Naciones Unidas con el fin de que los derechos humanos superen la barrera de la defensa cultural en detrimento de otra; superada dicha barrera, los derechos humanos, “... representarán una posibilidad para el establecimiento de los consensos democráticos entorno a una agenda común de derechos para la humanidad” (Dóglas Cesar Lucas cit., Jürgen Habermas)²⁰.

¹⁷ DOMINGO MORATALLA, Agustín. *Ciudadanía multicultural, conflicto y cultura de la paz*. Temuco: Universidad Católica de Temuco, 2011, p.35. El autor comenta la diferencia sustancia establecida entre ambos conceptos por RICOEUR.

¹⁸ DOMINGO MORATALLA, Agustín. *Ciudadanía multicultural, conflicto y cultura de la paz*. Temuco: Universidad Católica de Temuco, 2011, p.29. El autor menciona las diferentes denominaciones y formas de pluralismo cultural categorizadas por WILL KYMLICKA a partir del análisis del término “multiculturalismo” (WILL KYMLICKA. *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 25-26)

¹⁹ DOMINGO MORATALLA, Agustín. *Ciudadanía multicultural, conflicto y cultura de la paz*, Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2011, p. 64.

²⁰ LUCAS Dóglas Cesar, *Direitos Humanos e interculturalidade, um diálogo entre igualdade e a diferença*, 2ª.ed. revisada e ampliada, Injuí, Editora Unijuí, 2013, p.146. El autor remite a la opinión de Jürgen Habermas contenidas en sus obras citadas: *Eurocentrismo, Europa dos mercados ou Europa dos cidadãos (do mundo)* In: *Tempo brasileiro*, n. 138, jul-set, 1999, p.36.37.; Habermas Jürgen. *O Ocidente dividido*. Río de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p.115.204.

El desarrollo humano (sustentable) depende entre otras cosas de la protección del medio ambiente y del equilibrio de los ecosistemas, para ello es necesario, el reconocimiento multicultural y de género, combinados con aspiraciones superiores en los niveles de justicia. Por lo pronto el respeto a nuevas “capacidades” como la de los animales es tema de continuo debate por los aspectos bioéticos y biojurídicos que involucran las prácticas de experimentación científica, además de otro tipo de amenazas de extinción de especies protegidas. Los conceptos de dignidad, derechos y deberes hacia los animales que antes parecían lejos de ser considerados por la dogmática jurídica, son actualmente motivo de debate doctrinario.

Estos niveles superiores de justicia requieren de nuevas discusiones teóricas y en este sentido cabe rescatar la posición de Martha Nussbaum ²¹, con el objeto es avanzar sobre la teoría de John Rawls cuyo fundamento en el contrato social le lleva a excluir individuos ya sea por sus capacidades diferentes, o bien los animales, y los diferentes géneros a excepción del masculino. Para la autora es esencial tener en cuenta el “enfoque de las capacidades”, que Amartya Sen utilizara desde una aplicación economicista, debiéndose considerar aquello que las personas son capaces de hacer, a partir del reconocimiento de una vida justa y digna.²²

En este escenario cabe preguntarse, ¿qué lugar ocupa la ciudadanía y su ejercicio como derecho humano, y qué relación guarda con la justicia social y la justicia ambiental? Por lo pronto es necesario superar la idea tradicional de ciudadanía (aristotélica) asociada a la condición de la persona y su vínculo a un Estado, a un territorio.²³ La ciudadanía como concepto ampliado y directamente vinculado a los derechos humanos y a su evolución -como destaca Milena Petters²⁴- que se vincula en particular con los diferentes *status*, en relación a la expansión de la democracia y la sustentabilidad ambiental; sin embargo y desde un punto de vista jurídico- positivista, la ciudadanía muestra aún una línea divisoria entre quienes están incluidos y quienes no en ciertos ordenes jurídicos.

²¹ NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da Justiça*. Deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. (Trad. DE CASTRO Susana, Rev. Trad., RANGEL Malu), São Paulo, 2013, Biblioteca jurídica WMF, p. 412.

²² NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da Justiça*. 2013, p.84

²³ PETTERS MELO Milena, Direitos humanos e cidadania. In: *Fundamentação filosófica dos direitos humanos*, (Org: LUNARDI Giovani y SECCO Márcio) Florianópolis, Editora UFSC, ANO p. 175.

²⁴ PETTERS MELO Milena, Direitos humanos e cidadania. ANO p. 209.

La ciudadanía esencial para la conformación del sistema democrático, debe ser reconducida hacia un nuevo modelo de justicia, asociado al del reconocimiento de la multiculturalidad y orientada hacia el desarrollo humano. Y la justicia social concebida en tanto bidimensional, que implica por un lado la distribución en forma justa y equitativa de los recursos y bienes y por otra parte la implementación de una “política del reconocimiento” (Doglas Cesar Lucas²⁵ cit., Nancy Fraser).

En todo caso la incorporación de esta concepción bidimensional de la justicia social en la normativa internacional ambiental, es reciente y como ejemplo cabe citar el Protocolo de Nagoya (sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización) que con el fin de evitar la biopiratería, garantiza el reconocimiento de la cultura y los conocimientos tradicionales derivados de poblaciones y comunidades indígenas, exigiendo de parte del sector de investigación científico-tecnológico y de la industria biotecnológica, el reparto justo y equitativo de las ganancias obtenidas.

Acciones del derecho ambiental para mantener el equilibrio de la biodiversidad

En este complejo contexto de desigualdad sociocultural y necesidad de conformación de una ciudadanía capaz de exigir el reconocimiento de sus diferencias como fundamento de su dignidad humana, el Derecho ambiental intenta regular el “equilibrio ecológico”. Al respecto se han adoptado una serie de medidas trascendentes en el orden jurídico con impacto social, cultural, político y económico en las últimas cuatro décadas.

En primer lugar cabe destacar que el debate internacional se ve permanentemente enriquecido por la complejidad ya mencionada que se deriva de la miscelánea sociocultural y la problemática económica en particular de los países menos desarrollados, pero más ricos en recursos naturales. En base a esta complejidad se han definido objetivos muy ambiciosos y se han establecido metas jurídicas y políticas, basadas en la buena fe de los Estados y otros organismos, la cooperación internacional, la responsabilidad común pero diferen-

²⁵ LUCAS CESAR Doglas e CADORE OBERTO Leonice, *Redistribuição versus reconhecimento*. Apontamentos sobre o Debate entre Nancy Fraser e Axel Honneth. In: *Cidadania, direitos humano e equidade*, (Org., BEDIN Gilmar Antonio), Injuí, Editora UNIJUI, 2012, p.133.

ciada, la información, la participación y la educación ambiental, la adopción de medios de técnicas de producción más limpia, la gestión de los residuos, y muy particularmente el uso y la conservación de la diversidad biológicas y de todo recurso genético en forma que redunde en beneficio de la Humanidad.

También se han sumado adhesiones en una miríada de documentos políticos internacionales. Aquí mencionamos únicamente tres por su significancia en todo sentido y en particular por servir de base para los que se omiten y los que vendrán a futuro. Dichos textos jurídicos son el Convenio de Diversidad Biológica (CDB)²⁶ celebrado en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (Río de Janeiro, 1992) que entre otras cosas fija como meta el uso y la conservación de la diversidad biológica como uno de los objetivos más relevantes de la protección ambiental. A través de los Protocolos de Cartagena (2003) y Nagoya (2010), el primero sobre movimiento transfronterizo de organismos vivos genéticamente modificados y el segundo sobre acceso a los recursos genéticos y reparto justo y equitativo de los beneficios derivados de dicho acceso y uso, se implementa el Convenio de Diversidad Biológica (CDB) estableciendo una serie de criterios, restricciones y recomendaciones para la implementación en los ámbitos locales de las medidas tendientes a propiciar la innovación tecnológica y el uso y conservación de los recursos biológicos y genéticos en beneficio de la Humanidad, en el intento de evitar la biopiratería y garantizando los derechos de propiedad intelectual, observando una vez más la necesidad de transferencia tecnológica para los países en desarrollo.

Si bien los Estados se consideran soberanos en la gestión de sus recursos, pesa en particular sobre los países en vías de desarrollo y los más pobres la postura de relativizar las medidas de protección que son interpretadas como proteccionistas por los países desarrollados, aún cuando ello redunde en altos costos ambientales para el planeta y a pesar de lo cual no existen grandes definiciones entorno a adoptar otro tipo de economía más allá de algunas referencias al uso del producto interno bruto (PIB) verde, por parte del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y al concepto de *bioeconomía* de la (OCDE) que más que una discusión de fondo sobre el modelo económico representa una apuesta a seguir consumiendo y produciendo bajo cánones “sustentables”, basados en nuevas tecnologías más limpias que no necesariamente significan técnicas y métodos de bajo riesgo para la salud y el ambiente.

²⁶ Este y otros convenios así como conferencias de las partes del ámbito del Programa de Naciones Unidas, (PNUD) pueden ser consultados en www.cdb.int/

La producción con el uso de nuevas tecnologías requiere pues del costoso andamiaje de la gestión del riesgo ante la incertidumbre científica. Tanto las biotecnologías modernas como las nanotecnologías y sus convergencias dan cuenta de ello y en ambos casos los riesgos inciertos presentes y a futuro tanto para el ambiente, salud humana y animal, seguridad alimentaria entre otros bienes, son de difícil detección. En contrapartida factores de orden económico y político debilitan la aplicación del principio de precaución previsto para este tipo de situaciones.

Los tratados mencionados carecen de un contenido ecologista en términos de protección, y más bien apuntan a garantizar “en forma sustentable”, el uso y la diversidad biológica con distintos fines industriales (alimenticios, medicinales y farmacéutico-cosmético, medicinales y agrícolas) para el desarrollo de la Humanidad. Por otro lado el principio de precaución orientador en la materia ha venido siendo aplicado restrictivamente y no ampliamente como debiera.

Cabe pues afirmar que los Estados son soberanos en la gestión de sus recursos y ello es reconocido expresamente en el preámbulo de cada tratado internacional y regional, pero pesan en particular sobre los países en vías de desarrollo ciertos estatutos jurídicos y técnicos, que priorizan intereses económicos y políticos de los países desarrollados y hegemonizan a nivel mundial ciertas condiciones. Un ejemplo son los tratados de propiedad intelectual en el ámbito de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) que benefician mayormente a los países detentores de las nuevas tecnologías y que acceden con grandes beneficios a los recursos biológicos de los países megadiversos.

También los organismos técnicos y certificadores que se encuentran en el ámbito global y son quienes determinan los estándares máximos y mínimos y establecen padrones de seguridad tecnológica, vienen de un modo u otro a condicionar la normativa interna y local de los países menos desarrollados y más expuestos desde un punto de vista ambiental, aunque ricos en su biodiversidad. Puede parecer que estas cuestiones técnicas estén lejos de afectar los derechos humanos, pero la seguridad alimentaria y la salud humana, son bienes jurídicos alcanzados por estos estándares definidos por organismos técnicos y ajenos al ámbito político local.

El Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) adoptado en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC) es un claro ejemplo en el sentido que por una parte pretende la *armonización* de estándares establecidos por organismos normalizadores, y por otro lado procura evitar el uso de las

excepciones por parte de los Estados miembros que se encuentran previstas en el propio Acuerdo y están basadas en razones ambientales y de salud humana, entre otros supuestos. A pesar de que el Acuerdo hace ciertas reservas que los Estados pueden oponer y cuyo fundamento radica en razones de índole cultural o geográfica, está claro que la orientación es hacia la liberalización del comercio sin restricción alguna, dejando en manos de organismos globales normalizadores la tarea de establecer los límites técnicos que rebasan el orden jurídico, de tal forma que es frecuente que dichos estándares sean el contenido mismo de las reglas jurídicas.

Estos procedimientos cuyo fin no es otro que el de universalizar y uniformizar padrones de calidad técnica y modalidades de comercio propias del liberalismo económico, conllevan impactos negativos para las diferentes culturas y a la postre para los derechos humanos.

El uso de las modernas formas de cultivos a partir de las biotecnologías y el impacto en las tradiciones agrícolas y especies autóctonas es un claro ejemplo. Por ello y a pesar que el Acuerdo de OTC prevé la posibilidad que los Estados puedan comunicar diferencias sustanciales como pueden ser las de orden geográfico, los procedimientos normalizadores tienen el objetivo de uniformizar estándares que faciliten la liberalización comercial y con ello el rápido tránsito de bienes y servicios.

Estas modalidades de comercio conducen a la responsabilidad del Estado y sus gobernantes en el ámbito de las negociaciones y fuera de fronteras en el espacio global pero a partir de una soberanía cada vez más restringida. Por su parte los parlamentarios no se ven exonerados de responsabilidad y su injerencia en cuestiones del ámbito comercial global no debe interpretarse como interferencias en la órbita del poder ejecutivo. Por el contrario dichos contralores revelan la preocupación de los legisladores por la situación de los derechos humanos dentro y fuera de sus respectivos países, como lo expresa la 100ª. Conferencia Inter-Parlamentaria (Moscú, 6-12 de setiembre, 1998)²⁷ y una buena forma de ejercerlos es verificando la validez y legitimidad de las leyes que aprueban.

²⁷ Conf/100/4-Doc.Inf.2. Agosto, 1998.

Consideraciones finales

El “Estudio analítico de la relación entre derechos humanos y medio ambiente” del Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, correspondiente al año (2011)²⁸, menciona tres cuestiones principales vinculadas. La primera de ellas alude al medio ambiente y su calidad, como condición previa al disfrute de los derechos humanos.

Al respecto cabe hacer algunos comentarios, en principio este reconocimiento no es nuevo y obliga a la observación de la problemática desde una visión sistémica del Derecho amplia y comprensiva de múltiples aspectos antes referidos: el acceso al desarrollo humano, respeto a la diversidad sociocultural, la promoción del ejercicio de la ciudadanía y la justicia ambiental.

Los componentes mencionados son considerados prioritarios para el estudio de la protección de la biodiversidad así como para el reparto justo y equitativo de las ganancias que se deriva de dichos usos, aspectos vinculados a la multiculturalidad, algunos de los cuales son contemplados en los recientes instrumentos internacionales (Protocolo de Nagoya)

La autocomposición de una ciudadanía por encima de conceptos originarios aristotélicos asociados a la condición de pertenencia de un Estado deben ser superados e incluidos dentro de una visión sistémica del Derecho como componente central y estratégico para la promoción de los derechos humanos, y entre dichos derechos el de ejercer una ciudadanía activa en la toma de decisiones que recaen sobre la gestión de los recursos naturales y otros bienes ambientales, que no es otra cosa que decidir sobre el destino de la Humanidad.

En este sentido estos componentes son capaces de señalar nuevas rutas, para la observación del sistema social y su complejidad desde teorías que posibiliten un abordaje sistémico del Derecho ampliado en tanto componente del sistema social.

En un segundo lugar el Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, correspondiente al año (2011), señala que los derechos humanos son necesarios para enfrentar los problemas ambientales tanto desde una perspectiva de fondo como de forma. Esta argumentación hace hincapié en la posibilidad del uso de la categoría derechos humanos para alcan-

²⁸ 19no. período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas (A/HRC/19/34). Recuperado en 20 de agosto de 2014 de: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-34_sp.pdf.

zar niveles adecuados de protección ambiental, por encima de lo previsto en las normas de gestión ambiental.

Este segundo punto está directamente vinculado a la información y participación ambiental y al acceso a la justicia, considerando la elevada cantidad de procesos judiciales cuyo fundamento son la defensa de derechos humanos en tribunales competentes en esa materia a nivel internacional, y cuya materia de base de discusión es un conflicto ambiental que directa o indirectamente afecta la calidad de vida humana o bien restringe un derecho humano como puede ser la vida, la integridad física, entre otros, todo lo cual fue previsto en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo Humano (CNUMAD, Río de Janeiro, 1992) y en posteriores instancias internacionales, regionales y locales.

Por último y por fuera del Informe mencionado, existe otra referencia indicativa de que la protección ambiental debe ingresar en un ámbito de discusión más amplio en términos jurídicos que los ofrecidos actualmente por el Derecho Ambiental; dicha referencia lo constituye el Atlas Global de Justicia Ambiental²⁹, proyecto que ha cumplido el objetivo inicial de elaborar un mapa interactivo con un relevamiento de los datos sobre más de un millar de conflictos ambientales en todo el planeta. El mapa viene a confirmar datos sobre que la mayor parte de los conflictos ambientales se ubican geográficamente en los países menos desarrollados (América Latina, África y Asia) pero con mayor riqueza ambiental. El mapeo de los conflictos ambientales a escala global abre la posibilidad de observar la gestión ambiental global, los recursos más explotados y las zonas sociales más vulnerables así como los niveles y modalidades de ejercicio de ciudadanía, entre otros elementos de interés.

Pero también el mapa de los conflictos ambientales abre rutas de comunicación entre dichos conflictos, poniendo de manifiesto la complejidad y contingencia de la realidad social (características señaladas por LUHMANN). El mapa que aunque no constituye una matriz, se presenta como un espacio desde el cual observar y establecer procesos de comunicación. Estos procesos -como afirma Leonel Severo Rocha³⁰- le permiten al Derecho dinamizarse y en cuanto estructura ser capaz de evolucionar y reducir la complejidad de las posibili-

²⁹ Proyecto desarrollado en el marco del 7mo. Programa Marco de la Unión Europea. In: (<http://ejatlas.org/>).

³⁰ SEVERO ROCHA, Leonel (org.), *Teoria dos sistemas sociais autopoieticos*. Perspectivas de uma Matriz Jurídica Contemporânea. In: *Paradoxos da auto-observação*. Percursos da teoria jurídica contemporânea. 2ª. Ed. Revisada e ampliada. Ijuí: Editora Unijuí, 2013, p.335.

dades que se dan en la realidad social, en este caso en los múltiples y complejos conflictos sociales que se derivan del uso y de la conservación de los recursos ambientales y de la gestión ambiental a escala global.

En efecto si se observa el Atlas Global de Justicia Ambiental, se constata un gran número de conflictos asociados a emprendimientos de minería de gran porte, los que de un punto de vista ambiental no necesariamente puede que sean en todos los casos los de mayor impacto ambiental negativo. Por el contrario puede que la contaminación por uso excesivo de agroquímicos, sean de mayor impacto en el ambiente y en la salud humana.

Sin embargo los conflictos actuales en el sector minero en diversas zonas del planeta, parecen estar transmitiendo el mismo mensaje a través de las distintas culturas y por medio de lenguas diversas que coinciden en el rechazo de las actividades “extractivas” por las empresas trasnacionales, lo que implica la condena al retiro del capital natural de una nación (soberana). En su mayoría los Estados han debido aprobar leyes recientes, que regulan la minería de gran porte en el intento de “legitimar” las actividades extractivas de minerales, a gran escala o de gran porte. Sin embargo el cuestionamiento de estas leyes por parte de la ciudadanía valen como recordatorio que el Derecho no es la norma jurídica, sino más bien una representación del ejercicio del poder político de una minoría y que bajo formas representativas, se aparta con frecuencia ilegítimamente de la voluntad del soberano y de las leyes de la Naturaleza.

Es necesario pues comprender que estamos ante un nuevo poder derivado de los modelos actuales de democracia que implican la exigencia de los gobernantes de rendir cuentas y como expresa Leonel Severo Rocha³¹, de justificar sus decisiones. Como afirma el autor, el poder político del Estado continúa en tanto polo fundamental de las decisiones; sin embargo, la soberanía va al encuentro de lo social y la legitimidad pasa a ser conquistada como derecho cada día, produciendo un nuevo contexto social en que las identificaciones adoptadas por los individuos y basadas en sus propias concepciones de lo justo e injusto, lo bueno y lo malo, lo verdadero y lo que no, tiene por fundamento el principio de la legitimación del conflicto, que concluye en la formulación de sus propias reglas.

³¹ SEVERO ROCHA, Leonel. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005, p. 120.

The nature of the link between human rights and the protection of biodiversity

Abstract

The paper discusses the legal protection of biodiversity from an expanded systemic vision of the environmental law, taking in account aspects related and scarcely considered in its real importance. The objective is to trace routes to the understanding one of the major environmental emergencies, as the progressive loss of biodiversity. Also discuss social and cultural aspects from where analyze the nature between human rights and the protection of biodiversity. The legal category of human rights allows to recreate new readings and critiques of the legal dogmatic, focused to the protection of the biodiversity and the environment.

Keywords: Biodiversity. Human rights. Environmental legal system.

Referencias

- BETANCOR, Andrés. *Instituciones de Derecho Ambiental*. Madrid: La Ley, 2001.
- JONAS Hans. *O princípio responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. (Tradução LISBOA, Marijane e BARROS MONTEZ, Luiz), Rio de Janeiro: Contraponto, Editora PUC Rio, 2011.
- KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, (Trad., GARCIA MAYNEZ, Eduardo), México D.F., Universidad Autónoma de México, Facultad de Derecho, 1958.
- LHUMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, (Coord. por PORTELLA Eduardo; CARNEIRO, Emmanuel Leão, CHACON Vamireh), (Dir., PORTELLA Eduardo) Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 75, 1983.
- LUCAS CESAR, Doglas. *Direitos Humanos e Interculturalidade, um diálogo entre igualdade e a diferença*. 2. ed. rev. e ampl. Ijuí: Editora Unijuí, 2013.
- LUCAS CESAR, Doglas e CADORE OBERTO, Leonice, *Redistribuição versus reconhecimento*. Apontamentos sobre o Debate entre Nancy Fraser e Axel Honneth. In: *Cidadania, direitos humano e equidade*, (Org., BEDIN Gilmar Antonio), Injuí, Editora Unijuí, 2012, p.133.
- MARIOTTI, Humberto. Prefacio. In, MATURANA Humberto y VARELA Francisco J. *A árvore do conhecimento, as bases biológicas da compreensão humana*, (Trad. MARIOTTI, Humberto; DISKIN, Lia), 9. ed. São Paulo: Palas Athenea, 2011.
- MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento, as bases biológicas da compreensão humana*. 9. ed (Trad. MARIOTTI Humberto e DISKIN Lia). São Paulo: Palas Athenea, 2011.

MORATALLA, Agustín Domingo. La novedad de una “ética” en la crisis ecológica. In: *La edad ecológica de la moral. De la justicia social a la responsabilidad cósmica*. Iglesia viva: *Revista de pensamiento cristiano*, n.193, (ene-mar), 1998, (p.1-67). Recuperado el 10 de diciembre de 2014: <http://iviva.org/la-revista/>.

MORATALLA, Agustín Domingo. *Ciudadanía multicultural, conflicto y cultura de la paz*. Temuco: Universidad Católica de Temuco, 2011.

NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da Justiça*. Deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. (Trad. DE CASTRO Susana, rev. trad., RANGEL Malu). São Paulo: Biblioteca jurídica WMF, 2013.

SEVERO ROCHA, Leonel (Org.). Teoria dos sistemas sociais autopoieticos. Perspectivas de uma Matriz Jurídica Contemporânea. In: *Paradoxos da auto-observação*. Percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. Revisada e ampliada. Injuí: Editora Unijuí, 2013.

SEVERO ROCHA, Leonel. *Epistemologia jurídica e democracia*, 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

WARAT, Luis Alberto. Questão em debate. Ética, democracia e cidadania. In: *Sequencia estudos jurídicos e políticos*, v. 14, n. 26, Florianópolis: UFSC, 1993. Recuperado el 10 de diciembre de 2014: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4818027.pdf>.