



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JAILSON JOSÉ GOMES DA ROCHA

**DIREITO ANIMAL LATINOAMERICANO:
UMA EXPERIÊNCIA DECOLONIAL**

Salvador
2019

JAILSON JOSÉ GOMES DA ROCHA

**DIREITO ANIMAL LATINOAMERICANO:
UMA EXPERIÊNCIA DECOLONIAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho.

Salvador
2019

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema Universitário de Bibliotecas (SIBI/UFBA),
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Rocha, Jailson José Gomes da
Direito Animal latinoamericano: uma experiência
decolonial / Jailson José Gomes da Rocha. --
Salvador, 2019.
431 f. : il

Orientador: Heron José de Santana Gordilho.
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito) -- Universidade Federal da Bahia, Faculdade
de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2019.

1. Direito Animal. 2. Análise Crítica do Discurso.
3. Animalidade. 4. Decolonialidade. 5. Especismo. I.
Gordilho, Heron José de Santana. II. Título.

JAILSON JOSÉ GOMES DA ROCHA

**DIREITO ANIMAL LATINOAMERICANO: UMA EXPERIÊNCIA
DECOLONIAL**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em ____/____/____

Heron José de Santana Gordilho – Orientador _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco
Universidade Federal da Bahia

Tagore Trajano de Almeida Silva _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Germano André Doederlein Schwartz _____
Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Centro Universitário Ritter dos Reis

Alessia Magliacane _____
Doutora em Droit et Sciences Sociales pela Ecole des Hautes Études en
Sciences Sociales de Paris
Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris

Vicente de Paula Ataíde Júnior _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná
Universidade Federal do Paraná

Ao filho Gael,
a quem devo reconhecimento de coautoria desta tese.

AGRADECIMENTOS

Nominar todas e todos que costuraram a teia de afetos, relações e reflexões para que essa tese fosse possível é em si um ato de injustiça.

Injusto posto que não cabem todas e todos na memória deste que já há muito anda cansado. No entanto, estão afagados nos espaços do coração.

Para evitar a injustiça expresso minha Gratidão no olhar, no falar, no afago e nos traços das linhas que tento seguir.

Aos que me antecederam

Aos que me sucederão

Aos que vieram e aqui estão

Aos que caminharam ao meu lado

Aos que não me conhecem

Aos que lutam

Aos que suam

Aos que amam

Aos que choram

À todas formas de existência que pulsionam a Pachamama

Aos cheiros, sabores, texturas e tessituras de Abya Yala

Aos educadores e educadoras

A todas, todos e tudo: Gratidão!

*Os animais podem fundir, recusar e confundir as
categorias natureza-cultura e ontologias
(KIRKSEY & HELMREICH, 2010:553, nossa
tradução).*

ROCHA, Jailson José Gomes da. Direito Animal latino-americano: uma experiência decolonial. 210f. 2019. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

RESUMO

A Modernidade e, por via de consequência, o Direito Moderno, se impôs como fenômeno universal. Através desse artifício acabou por ocultar a sua outra face indissociável: a Colonialidade. A ocultação da Colonialidade, compreendida como condição de possibilidade operativa da Modernidade, acabou por propor uma retórica de Produção do Direito a ser seguido, e, em última análise, a construção do Universalismo como técnica de dominação e de cunhagem de um projeto civilizatório. Diante desse contexto, objetivamos na presente tese enunciar como a tradição jurídica tem significado os animais e evidenciar as experiências e práticas latino-americanas como potências transformativas da condição jurídica dispensada aos animais e suas repercussões sociais. A partir da análise legislativa, jurisprudencial e doutrinária procuramos analisar em que medida há um corpo dogmático estruturado do ponto de vista da consolidação do Direito Animal como ramo autônomo e se há uma base epistemológica decolonial subjacente que possa nutrir a formulação de modelos constitucionais disruptivos e em última análise uma concepção crítica do próprio Direito. Partimos da assunção que as relações de Colonialidade nas esferas econômica, política, pedagógica, do direito e demais esferas do Social não findaram com a destruição do colonialismo tradicional. É nesse sentido que os animais figuram como sujeitos alijados do Poder. Mais, como categoria reputada como inexistente ou desimportante. O estatuto da não-existência permite a reificação animal, uma vez que se reconhece um único espaço permitido à animalidade: a inferiorização radical. A construção do Direito Animal na América Latina esteve e ainda está inscrita nesta relação e as representações dos sujeitos sociais estão mediados pela construção Modernidade-Colonialidade. Os Saberes e Cosmovisões do Sul foram historicamente subalternizados. As formatações das relações e representações dos animais situados em espaços-tempos não hegemônicos foram igualmente silenciadas. Todavia, há um movimento emergente de reflexão e crítica ao modelo jurídico colonial, notadamente no Brasil. Desta forma, preza-se pela necessidade de construção de uma epistemologia crítica às concepções dominantes de Modernidade para pensar a Animalidade a partir do Sul, em diálogo. Assim, o objetivo desta tese cingiu-se por buscar pistas textuais de decolonialidade nas decisões judiciais que conferiram, de forma inovadora na teoria do direito, a condição de sujeito de direitos aos animais não humanos e demais entes naturais. Para tanto, nos valem da Análise Crítica do Discurso Jurídico como opção metodológica, conjugada com o Giro Decolonial enquanto aporte epistêmico-político. Desta feita, reconhecemos a existência de um aparato jurídico consolidado no continente latino-americano que demonstra passos largos no processo de consolidação da autonomia jurídica e metodológica do Direito Animal. Ainda, consideramos que há um campo frutífero para este desiderato a partir de uma lógica decolonial do Direito que reconhece modelos disruptivos e alternativos de Constitucionalismos que tomam em conta de forma inovadora as questões afeitas à consideração e proteção jurídicas dos animais não humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Colonialidade, Modernidade, Especismo, Relações Multiespécies, Interseccionalidade

ROCHA, Jailson José Gomes da. *Latinamerican Animal Law: a decolonial experience*. 210f. 2019. Doctoral thesis – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

ABSTRACT

Modernity and, consequently, Modern Law, was imposed as a universal phenomenon. Through this device he ended up hiding his other inseparable face: Coloniality. The concealment of Coloniality, understood as a condition of Modernity's operative possibility, ended up proposing a rhetoric of Production of the Right to be followed, and, ultimately, the construction of Universalism as a technique of domination and coinage of a civilizing project. In view of this context, we aim in this thesis to describe how the legal tradition has meant animals and to highlight Latin American experiences and practices as transformative powers of the legal status given to animals and their social repercussions. From the legislative, jurisprudential and doctrinal analysis, we try to analyze to what extent there is a dogmatic body structured from the point of view of the consolidation of Animal Law as an autonomous branch and if there is an underlying decolonial epistemological base that can nourish the formulation of disruptive constitutional models and in a critical conception of Law itself. We start from the assumption that the relations of Coloniality in the economic, political, pedagogical spheres of law and other spheres of the Social did not end with the destruction of traditional colonialism. It is in this sense that animals appear as subjects left over from power. More, as a category considered as nonexistent or unimportant. The status of non-existence allows animal reification, since it recognizes a single space allowed to animality: radical inferiorization. The construction of Animal Law in Latin America was and is still inscribed in this relationship and the representations of social subjects are mediated by the Modernity-Coloniality construction. The Southern Wisdoms and Worldviews were historically subalternized. The formations of the relations and representations of the animals located in non-hegemonic spaces-times were also silenced. However, there is an emerging movement of reflection and criticism of the colonial legal model, notably in Brazil. In this way, it is necessary for the construction of a critical epistemology to the dominant conceptions of Modernity to think the Animality from the South, in dialogue. Thus, the aim of this thesis was to search for textual clues of decoloniality in the judicial decisions that confer, in an innovative way in the theory of law, the condition of subject of rights to non-human animals and other natural entities. For this, we use the Critical Analysis of Legal Discourse as a methodological option, combined with the Decolonial Turn as an epistemic-political contribution. This time, we recognize the existence of a consolidated legal system in the Latin American continent that demonstrates great strides in the process of consolidating the legal and methodological autonomy of Animal Law. Still, we consider that there is a fruitful field for this desiderato from a decolonial logic of the Right that recognizes disruptive and alternative models of Constitutionalisms that take into account in an innovative way the questions afar to the legal consideration and protection of the nonhuman animals.

KEY WORDS: Coloniality, Modernity, Speciesism, Multispecies relationships, Intersectionality

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Perfil dos membros do Grupo Colonialidade/Modernidade	23
Figura 2 – Analítica da Colonialidade: algumas dimensões básicas	47
Figura 3 – Analítica da Decolonialidade: algumas dimensões básicas	62
Figura 4 – Analítica da linearidade da Histórica Mundial	77
Figura 5 – Linearidade teórica do Direito animal	80
Figura 6 – Mapa ontológico do funcionamento social da linguagem	119
Figura 7 – Índícios de decolonialidade no discurso	121
Figura 8 - Fragmento I – Caso Suíça	124
Figura 9 - Fragmento II – Caso Suíça	125
Figura 10 - Fragmento III – Caso Suíça	127
Figura 11 - Fragmento IV – Caso Suíça	128
Figura 12 - Fragmento V – Caso Suíça	129
Figura 13 - Fragmento VI – Caso Suíça	130
Figura 14 - Fragmento VII – Caso Suíça	130
Figura 15 - Fragmento VIII – Caso Suíça	131
Figura 16 – Nuvem de palavra – caso Suíça	134
Figura 17 – Nuvem de palavra – Caso Circo Portugal	137
Figura 18 - Fragmento I – Caso circo Portugal	138
Figura 19 - Fragmento II – Caso circo Portugal	139
Figura 20 - Fragmento III – Caso circo Portugal	140
Figura 21 - Fragmento IV – Caso circo Portugal	141
Figura 22 - Fragmento V – caso circo Portugal	142
Figura 23 - Fragmento VI – caso circo Portugal	142
Figura 24 - Fragmento VII – caso circo Portugal	143
Figura 25 - Fragmento VIII – caso circo Portugal	144
Figura 26 - Fragmento IX – caso circo Portugal	145
Figura 27 – Nuvem de palavra – Caso Rio Vilcabamba	149
Figura 28 - Fragmento I – Caso Rio Vilcabamba	150
Figura 29 - Fragmento II – Caso Rio Vilcabamba	151
Figura 30 - Fragmento III – Caso Rio Vilcabamba	152
Figura 31 - Fragmento IV – Caso Rio Vilcabamba	153

Figura 32 - Fragmento V – Caso Rio Vilcabamba	154
Figura 33 - Fragmento VI – Caso Rio Vilcabamba	156
Figura 34 – Nuvem de Palavra – Caso Cecília	159
Figura 35 - Fragmento I – caso Cecília	160
Figura 36 - Fragmento II – Caso Cecília	161
Figura 37 - Fragmento III – Caso Cecília	162
Figura 38 - Fragmento IV – Caso Cecília	162
Figura 39 - Fragmento V – Caso Cecília	163
Figura 40 - Fragmento VI – Caso Cecília	164
Figura 41 - Fragmento VII – Caso Cecília	165
Figura 42 - Fragmento VIII – Caso Cecilia	166
Figura 43 - Fragmento IX – Caso Cecília	167
Figura 44 - Fragmento X – Caso Cecília	168
Figura 45 - Fragmento XI – Caso Cecília	168
Figura 46 - Fragmento I – O rio Atrato como sujeito de direito biocultural	171
Figura 47 - Fragmento II – O rio Atrato como sujeito de direito biocultural	173
Figura 48 - Fragmento III – O rio Atrato como sujeito de direito biocultural	174
Figura 49 - Fragmento IV – O rio Atrato como sujeito de direito biocultural	175
Figura 50 - Fragmento V – O rio Atrato como sujeito de direito biocultural	176
Figura 51 - Fragmento VI - O rio Atrato como sujeito de direito biocultural	177

LISTA DE ABREVIATURAS

ACD	Análise Crítica do Discurso
ACDJ	Análise Crítica do Discurso Jurídico
HC	Habeas Corpus
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
NCLA	Novo Constitucionalismo Latino-Americano
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. ANIMALIDADE E O DIREITO LATINO-AMERICANO	16
2. NOTAS METODOLÓGICAS	24
2.1. METODOLOGIA COLONIAL E CODIFICAÇÃO DISCIPLINAR MODERNA	25
2.2. METÓDICAS DECOLONIAIS E ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO JURÍDICO	28
2.3. PESQUISAR A ANIMALIDADE E O JURÍDICO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO	31
3. A COLONIALIDADE DO DIREITO E GIRO DECOLONIAL	34
3.1. COLONIALIDADE DO PODER, CLASSIFICAÇÃO SOCIAL RACIALIZADA E CONSTRUÇÃO DOS MARCADORES SOCIAIS DA DIFERENÇA	47
3.2. COLONIALIDADE DO SABER E PRODUÇÃO DE CONHECIMENTO JURÍDICO	51
3.3. COLONIALIDADE DO SER E A CONSTRUÇÃO JURÍDICA DE SUJEITO/PESSOA	57
3.4. COLONIALIDADE DA NATUREZA E DIVISÃO INTERNACIONAL DA NATUREZA	59
3.5. DECOLONIALIDADE JURÍDICA E GIRO DECOLONIAL	61
4. ANIMALIDADE, DIREITO ANIMAL E COLONIALIDADE	65
4.1. A REIFICAÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS	66
4.2. DESREIFICAÇÃO DA ANIMALIDADE E O DIREITO ANIMAL HEGEMÔNICO	70
4.3. TIPOLOGIAS JURÍDICAS E COLONIZAÇÃO DA CONDIÇÃO DO SER	84
4.4. COLONIALIDADE DOS ANIMAIS	90
4.5. A VIDA MULTIESPÉCIE E COSMOVISÕES AMERÍNDIAS	97
4.6. DIREITOS DA NATUREZA E NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	111
5. DECISÕES JUDICIAIS LATINO-AMERICANAS: PISTAS TEXTUAIS DA DECOLONIALIDADE DO DIREITO ANIMAL	118
5.1. ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO JURÍDICO NO CONTEXTO DO ANIMALISMO LATINO-AMERICANO	118
5.2. O CASO DE HABEAS CORPUS EM FAVOR DA CHIMPANZÉ SUÍÇA	123

5.3. O CASO DO CIRCO PORTUGAL E O RECONHECIMENTO DOS ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITO	135
5.4. O RIO VILCABAMBA E OS DIREITOS DA NATUREZA	146
5.5. O RECONHECIMENTO DE CECÍLIA COMO SUJEITO DE DIREITO NÃO HUMANO	157
5.6. O RIO ATRATO COMO SUJEITO DE DIREITO BIOCULTURAL	169
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	180
REFERÊNCIAS	183
ANEXO A - Decisão no habeas corpus do caso Suíça x jardim zoológico de Salvador	208
ANEXO B - Sentença no Habeas Corpus em favor de Cecilia	212
ANEXO C - Decisão do caso “circo Portugal”	258
ANEXO D - Sentença do caso “Rio Vilcabamba”	264
ANEXO E - O rio Atrato como sujeito de direito biocultural	270

1. Introdução

Animalidade e o direito latino-americano

A presente tese terá por objetivo demonstrar como as experiências jurídicas latino-americanas podem desempenhar um papel decolonial no que se refere à tutela dos interesses dos animais não humanos. A partir da vedação de crueldade aos animais insculpida na Constituição brasileira e do reconhecimento da Natureza como titular de direitos na Constituição equatoriana, podemos visualizar uma abertura para operar o Direito Animal de forma dogmaticamente organizada a partir da experiência jurídica latina, mediante diálogo Sul-Sul.

Ademais, na região já se verifica um lastro jurisprudencial rico, notadamente com os casos de habeas corpus em favor da chimpanzé Suíça (Brasil), do reconhecimento do rio Vilcabamba como sujeito de direitos (Equador), da chimpanzé Cecília como sujeito de direito não humano (Argentina), do HC em favor do urso Chucho (Colômbia) e do caso Circo Portugal (Brasil).

Inobstante a controvérsia da posição jurídica dispensada aos animais, a discussão travada na região, notadamente no bojo do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, tem mostrado uma potência generativa de modelos jurídicos inovadores, alicerçados na realidade geo-histórica da região e em consonância com um corpo doutrinário consolidado.

Do ponto de vista da produção do conhecimento jurídico, os animais não humanos têm estado corriqueiramente inscritos (pensados e narrados) pelo Direito Tradicional, no campo do Direito Real. A tradição jurídica ocidental tem dispensado aos animais o regime jurídico dos bens.

A dogmática civilista tomou para si o encargo de legitimar/regular/neutralizar as relações e tensões entre humanos e não humanos em uma perspectiva patrimonialista baseada em critérios ontológicos de diferenciação binária, a partir de uma tradição ocidental de categorização jurídica do social.

Esse processo de naturalização da reificação passa, na produção jurídica, como um axioma desde a sua sedimentação pelo Direito Romano e Codificação

Napoleônica: os nortes epistemológicos da produção jurídica moderna que adjudicaram à animalidade a condição jurídica de propriedade.

A reificação jurídica do animal tem legitimado a sua consideração social como não existência ou existência menor. Essa classificação social que incute um estatuto menor aos demais animais produz efeitos operacionais no Direito.

No entanto, essa tradição tem passado nas últimas décadas por questionamentos de autores estrangeiros e nacionais. A condição jurídica do animal passa por tentativas de ressignificações jurisprudenciais, legislativas e doutrinárias em nível mundial e conta, no continente latino-americano, com um corpo sólido de doutrinadores e um espaço acadêmico-institucional e cultural propício a pensar juridicamente os animais fora da categorização de coisa e a partir de marcadores sociais situados.

Referida discussão encontra-se longe de estar distensionada, tampouco livre de críticas. Por isso os entrelaçamentos dos campos da Teoria Geral do Direito, da Filosofia do Direito, Sociologia Jurídica e Antropologia Jurídica (se restringirmos a análise apenas às esferas de juridicidade) são fundamentais para a consolidação de posições jurídicas fundamentadas.

Acreditamos ser uma temática que lida diretamente com o enquadramento às determinações genéricas relativas aos conceitos jurídicos básicos, tais como Sujeito, Objeto e Relações, a despeito da importância metodológica da autonomia do Direito Animal como ramo jurídico.

A discussão da categorização jurídica dos animais não humanos e as relações jurídicas que os envolvem estão condicionadas intrinsecamente aos conceitos jurídicos fundamentais e a sua reflexividade crítica. Nesse sentido, o debate permanece relativamente independente dos limites de um dado ramo do Direito, pois “não dependem do conteúdo concreto das normas jurídicas, no sentido de que conservam seu significado qualquer que seja a alteração nesse conteúdo material concreto” (PACHUKANIS, 2017, p.67).

Dessa forma, consideramos necessária a fundamentação socioantropofilosófica da teorização dos animais no campo jurídico para além dos ramos específicos do Direito Animal, Direito Civil ou Direito Ambiental. Para além, inclusive, do solipsismo da dogmática jurídica.

Reconhecemos que para isso não podemos esquecer do local de enunciação do Direito, de quem o enuncia e de como esses *loci* se apresentam em uma dimensão

ego-teo-política historicamente contingenciada (MIGNOLO, 2010). O Direito é apresentado pela Modernidade como um a priori naturalístico e universal. Sobre a crítica ao Direito Moderno, Torre Rangel (2006, p.82-84) afirma-o inserto em um processo de fetichização, através da criação de uma autoimagem absoluta do ponto de vista da forma e do conteúdo jurídicos.

A produção do Jurídico está inserida em padrões específicos de poder, uma vez que o Direito é situado em coordenadas temporais e espaciais. Dessa forma, torna-se emergente quebrar a pretensão do universalismo do Direito para pensar a animalidade de forma situada e em conformidade com a realidade social e jurídica latino-americana.

O Direito e o Animal são narrados e produzidos no tempo e no espaço, contingenciados pelos modos de aquisição e gestão do poder. Nesse sentido, o Direito é localizado na mesma medida que os animais, não são entes abstratos universais. Na verdade, o que há são Direitos e Animais na medida das particularidades locais da geopolítica global e, conseqüentemente, uma pluriversalidade de modos de se pensar o Direito Animal e construir relações de normatividade.

Ao reconhecer a posicionalidade do Direito e dos Animais inserimos a questão da colonialidade como modo operativo da Modernidade. Quando falamos em Modernidade, referimo-nos a um processo situado histórico e geopoliticamente (DUSSEL, 2005). Esse processo teve arrimo nos processos coloniais em países do Sul global e se perpetua simbólica e estruturalmente até os dias atuais, em novos arranjos que operam de forma mais sofisticada e silenciada na realidade social. Desse modo, a Modernidade e a colonialidade são faces da mesma moeda.

A ocultação da colonialidade, compreendida como condição de possibilidade operativa da Modernidade, acabou por propor uma retórica dos modelos de produção do Direito a serem seguidos e, em última análise, a construção do Universalismo como técnica de dominação e de cunhagem de um projeto civilizatório. Universalismo dos enunciados (enunciados jurídicos como cânones incontornáveis do Direito) e Universalismo do Sujeito que enuncia (único apto a produzir conhecimento jurídico válido).

Através dessa lógica, impôs-se uma cartilha jurídica como modal necessário e incontornável de modelo de Estado e de Constituição dos agregamentos e comunidades políticas. No mesmo sentido, se impôs uma retórica de legitimação dos processos de produção e apreensão de conhecimento em termos de domínio.

Dessa forma, o Sul global e as esferas inferiorizadas do Norte global foram coagidos a talhar os institutos jurídicos de forma a recepcioná-los acriticamente, em total descolagem com a realidade circundante. Vejam, por exemplo, a própria dicotomização jurídica à qual a animalidade foi sujeita, como mencionado no início dessa introdução.

De forma mais ampla, a Matriz Colonial dá suporte à construção do próprio Direito, e não só das manifestações constitucionais. As noções de ordenamento, norma e sistema jurídico são manifestações da falácia eurocêntrica (DUSSEL, 1993). As categorias fundamentais para pensar o jurídico estão embevecidas e são nutridas por essa matriz de poder que se impõe como padronagem normativa na construção das subjetividades e saberes.

No contexto latino-americano, negaram-se a diversidade constitutiva dos “Estados” surgentes e a realidade operante, os contextos factuais relativos à distribuição e contenção do poder, as formas de ser e de estar no mundo, as cosmovisões e as relações que envolvem o como e o que se aprende.

Como resultante desse processo, tivemos uma massa alijada dos processos decisórios através dos artifícios de contenção baseados na violência e apropriação de uma elite colonial parasitária do poder, que retroalimenta essa estrutura ao cultivar as zonas geopolíticas do ser nos espaços globais do não-ser. Inclusive, Catherine Walsh (2008:139) salienta a ambiguidade fundacional dos Estados Sul-Americanos subjugados aos processos de colonialidade. Ressalta o caráter uninacional, monocultural e excludente dos Estados nascentes.

Todavia, surgem nas últimas décadas tentativas de construção de aportes teóricos críticos a partir da realidade e diálogos Sul-Sul com o objetivo de elaborar bases alternativas para a construção do Direito. A proposição de um Giro Decolonial com base em modelos constitucionais disruptivos e que inauguram uma tradição de se pensar o jurídico a partir da realidade local.

Por Giro Decolonial compreendemos a recusa fundamental ao projeto civilizatório da Modernidade/Colonialidade. Uma viragem de ordem epistêmica, ontológica, política e teórica que implica em resistência aos modelos eurocentrados, ocidentalizantes e hegemônicos. De acordo com Maldonado-Torres (2008), as formas modernas de poder produziram e ocultaram a criação de tecnologias da morte que afetam de forma diferencial a distintas comunidades e sujeitos. Dessa forma, o giro

decolonial implica em uma mudança de atitude do sujeito prático e do conhecimento para a transformação.

Ao pensarmos sobre as categorias jurídicas fundamentais e as imbricações com os animais não humanos no contexto de formulações alternativas de relações jurídicas, a realidade latina demonstra uma vivacidade notável, possibilitando a construção de bases epistemológicas e hermenêuticas que reconhecem a pluralidade e cosmovisões locais. Nesse sentido, a decolonização do imaginário jurídico torna-se fundamental para a consolidação do Direito Animal latino-americano.

Partimos da assunção que as relações de colonialidade nas esferas econômica, política, pedagógica, do direito e demais esferas do social não findaram com a destruição do colonialismo tradicional, “especialmente quando grupos colonizados e outrora colonizados tendem a experimentar partes dessa história não como um passado que existe como um traço, mas sim como um presente vivo” (MALDONADO-TORRES, 2018, p.28).

Adicionalmente, os animais figuram como sujeitos alijados do poder. Mais, como categoria reputada como inexistente ou como uma existência menor. O estatuto da não existência permite a reificação animal, uma vez que se reconhece um único espaço permitido à animalidade: a inferiorização radical, abaixo da linha da humanidade inferiorizada.

O Direito Animal na América Latina está inscrito nesta relação e as representações dos sujeitos sociais estão mediadas pela construção Modernidade-Colonialidade. Apesar de os saberes e cosmovisões do Sul terem sido historicamente subalternizados, há um movimento de reconhecimento e reavivamento desses saberes na seara jurídica. A doutrina brasileira tem se destacado neste particular.

As formatações das relações e representações do animal que foram silenciadas, assim como os encontros multiespecíficos e sua potência transformativa, estão sendo colocadas como substratos epistêmicos e ontológicos relevantes para a construção crítica do Direito.

Há uma necessidade de construção de uma epistemologia crítica às concepções dominantes de Modernidade para pensar a animalidade a partir do Sul, com todas as implicações que podem advir para o modal jurídico e pedagógico dominante.

No entanto, existem dificuldades múltiplas de reconhecimento e questionamento da naturalização das relações apropriativas e exploratórias do humano frente aos

demais animais no âmbito do Direito, tanto do ponto de vista das instituições como dos sujeitos imbricados: doutrinadores, magistrados, advogados, membros de Ministério Público e pesquisadores da área jurídica.

O chamado Mundo Jurídico tem dificuldade em lidar com a relação animalidade-humanidade em termos não reificantes e estruturalmente organizado para uma teorização do Direito que leve em conta a agentividade dos animais. A despeito dos ganhos legislativos, jurisprudenciais e doutrinários, a Teoria do Direito Animal ainda é questionada e encontra-se em processo de consolidação.

Há vasta produção bibliográfica nativa e estrangeira sobre a animalidade no contexto jusfilosófico dominante (FRANCIONE, 1995; GORDILHO, 2009; LEVAI, 1998; LOURENÇO, 2008; REGAN, 2004; SILVA, 2012; SINGER, 2010; SUNSTEIN; NUSSBAUM, 2004). Esse corpo teórico põe em xeque o modelo tradicional de propor a dicotomia jurídica Coisa vs. Sujeito ao intentar retirar os demais animais da condição jurídica de coisas e pensar alternativas jurídicas múltiplas à tutela jurisdicional dos interesses dos animais não humanos.

Parte das críticas à posição jurídica de coisa dispensada aos animais são questionamentos referentes ao processo histórico de mundialização do capitalismo. Da imposição de um *modus* específico de produzir esferas de juridicidade, saber e poder em descolagem com as cosmovisões e agenciamentos situados geopoliticamente.

Assim, objetivaremos com a presente tese evidenciar as narrativas do Direito Animal latino-americano como potências generativas de relações jurídicas decoloniais. Isso significa cotejar as cosmovisões do Sul global para buscar elementos teóricos e experiências para perceber os encontros animais (OHREM, 2018) e as possibilidades de narrar a animalidade fora do discurso hegemônico do Direito Ocidental.

Ao levar em conta a nossa imersão sistemática no objeto de estudo proposto, como sugere Selltiz (1967), assim como o estudo da literatura existente, propusemos a seguinte questão-problema orientadora da estrutura da investigação: Há no continente latino-americano um corpo jurídico teórico consolidado que evidencie uma fundamentação decolonial do Direito Animal ou a construção deste campo jurídico encontra-se submetido à colonialidade?

A hipótese é elemento transitório que confere solução suposta e provável – cuja adequação será verificada através da investigação – ao problema delineado

(LAKATOS & MARCONI, 1991; GIL, 1991). Não se pode perder de vista que a proposição estabelecida intenta antecipar as constatações fáticas daquilo que se procura conhecer, que só será confirmada ou não a posteriori, com a efetivação da pesquisa (FERRARI, 1982). Diretiva da investigação, a hipótese deve ser formulada corretamente, sem “vagueios semânticos”, fundamentada em conhecimento previamente estabelecido e empiricamente contrastável (BUNGE, 2000).

Isto posto, indicamos a hipótese segundo a qual reconhecemos a existência de um aparato jurídico consolidado no continente latino-americano que demonstra passos largos no processo de consolidação da autonomia jurídica e metodológica do Direito Animal.

Ainda, consideramos que há um campo frutífero para este desiderato a despeito de ainda subsistir teorias forjadas a partir de marcos teóricos do Norte global. Esse caminho dar-se-ia fundamentalmente a partir de uma lógica decolonial do Direito que reconhece modelos disruptivos e alternativos de Constitucionalismos que tomam em conta, de forma inovadora, as questões afeitas à consideração e proteção jurídicas dos animais não humanos.

Inobstante haver parcela doutrinária latina que replica teses de autores do Norte global, há possibilidades de consolidação do Direito Animal latino-americano a partir de cosmovisões situadas, de uma matriz teórica própria.

O marco teórico que lastreará a feitura desta tese centra-se nos Estudos Decoloniais latino-americanos. Ou seja, o trabalho terá por base as obras e autores da rede de investigação Modernidade/Colonialidade (Figura 1), além dos autores brasileiros que lidam com a Decolonização do Direito, NCL e Estudos Críticos Animais. Além disso, tomaremos por base a produção teórica consolidada na área do Direito Animal na região.

Figura 1 – Perfil dos membros do Grupo Colonialidade/Modernidade

integrante	área	nacionalidade	universidade onde leciona
Aníbal Quijano	sociologia	peruana	Universidad Nacional de San Marcos, Peru
Enrique Dussel	filosofia	argentina	Universidad Nacional Autónoma de México
Walter Dignolo	semiótica	argentina	Duke University, EUA
Immanuel Wallerstein	sociologia	estadounidense	Yale University, EUA
Santiago Castro-Gómez	filosofia	colombiana	Pontificia Universidad Javeriana, Colômbia
Nelson Maldonado-Torres	filosofia	porto-riquenha	University of California, Berkeley, EUA
Ramón Grosfóguel	sociologia	porto-riquenha	University of California, Berkeley, EUA
Edgardo Lander	sociologia	venezuelana	Universidad Central de Venezuela
Arthuro Escobar	antropologia	colombiana	University of North Carolina, EUA
Fernando Coronil*	antropologia	venezuelana	University of New York, EUA
Catherine Walsh	linguística	estadounidense	Universidad Andina Simón Bolívar, Equador
Boaventura Santos	direito	portuguesa	Universidade de Coimbra, Portugal
Zulma Palermo	semiótica	argentina	Universidad Nacional de Salta, Argentina

Fonte: Ballestrin (2013, p.98)

Ademais, esperamos contribuir para o desenvolvimento do estado da arte animalista latino-americana para cooperar com futuras pesquisas no âmbito da Bioética em suas metodologias Interventivas, da Sociologia Jurídica dos Estudos Animais, da Antrozologia, dos Direitos Humanos em uma perspectiva antiespecista, Direito Animal Decolonial, da Geografia Animal e História Animal, auxiliando na expansão e consolidação do Direito Animal como âmbito jurídico autônomo e como ponto de encontro de saberes decoloniais.

Capítulo 2

Notas metodológicas

Propor uma tese com pretensões de se alinhar ao pensamento decolonial indica uma tomada de posição mais ampla e fundante, qual seja, decolonizar a investigação (o que implica em decolonizar a mente, o imaginário, histórias e memórias acadêmicas), o pesquisador/educador e o jurista que há em cada um de nós, em última instância, uma autodecolonização.

A Decolonização, no sentido proposto por Maldonado-Torres (2008), refere-se também ao surgimento de uma atitude que, por sua vez, envolveria um estado afetivo que é fundamental ao sujeito, ao mesmo tempo em que pode ser considerado um tipo particular de filosofia e produção teórica.

A viragem decolonial exige, inicialmente, uma tomada de consciência de que somos e estamos situados no espaço-tempo e de que fomos socializados em uma estrutura arranhada pela Matriz Colonial. Ranhura essa que, inclusive, impregna a moldura disciplinar sobre a qual estão assentados o mundo acadêmico e os códigos de investigação modernos.

Essa matriz de poder engendra relações estabelecidas pela hierarquização racializada. Essas relações partem de uma lógica política e epistemológica que se inaugura com a mundialização do capitalismo e estabelecimentos das estacas coloniais da Modernidade. Consideramos, aqui, o ano de 1492 como marco inicial (DUSSEL, 1993): A invasão das Américas e sua incorporação à cartografia do poder, o início de um projeto de mundialização do valor capitalista europeizante e, em certa medida, o processo de mundialização do Mundo.

Assim, essa matriz de poder, que parte dos interesses e demandas do capitalismo no marco da Modernidade, extravasa para todos os recantos do âmbito da vida, do sujeitos imbricados, redes e relações estabelecidas (WALSH, 2008). Cumpre evidenciar, desta forma, o papel colonial desempenhado pela Ciência e buscar rotas e práticas investigativas que não colonizem os sujeitos investigados (OCAÑA, LÓPEZ & CONEDO, 2018).

2.1. Metodologia Colonial e Codificação disciplinar moderna

Para Fanon (2008), os métodos possuem uma maneira de se devorar. Se considerarmos que as condições epistêmicas para experienciar a vida social estão submetidas à colonialidade, então, conseqüentemente, os próprios fundamentos e instrumentais para a produção de conhecimento também estariam sujeitos, ou seja, a metódica própria se infectaria.¹

Diante da ótica fanoniana, é mais fundamental a atitude precedente ao método já que, enquanto o método definiria a relação entre um sujeito e um objeto, a atitude referir-se-ia à orientação do sujeito em relação ao saber, ao poder e ao ser (BERNARDINO-COSTA, MALDONADO-TERRES, GROSGOUEL, 2018).

Na linha argumentativa sugerida por Fanon (2008), a metodologia em si tornar-se-ia contaminada pelos processos de colonialidade, perfazendo o que Ascione (2016) denomina *Colonialidade do Método*. Em sentido semelhante, Gordon (2017) reconhece a *decadência* nos níveis metodológicos como suposto de entrada para romper com a colonialidade.

Falar de Colonialidade da Metodologia significa descortinar a estrutura de poder subjacente à construção de conhecimento, as assimetrias, hierarquias e violências na construção de categorias analíticas e formatações específicas para o fazer científico como reflexo dessa estrutura. Significa, também, reconhecer a possibilidade da Ciência como instrumental a serviço de uma determinada conformação sócio-política

¹ Na presente tese utilizarei de forma indistinta, como relativas sinónimas, os conceitos *metodologia* e *método*. Todavia, reconheço haver uma distinção substancial entre o instrumento de investigação (o método) e o aporte ideológico que nutre a técnica (a metodologia). Muito embora, *a priori*, as técnicas e processos sejam apenas um artifício ou artefato, a concepção própria, o desenho e o desígnio dessas tecnologias estão condicionados pelo corpo de conhecimento disciplinar metodológico e, conseqüentemente, submetidos também à colonialidade. Desta forma, para fins de evidenciar a matriz de poder sobre a qual está assentada a Ciência Moderna, torna-se secundarizada a discussão da distinção semântica e operativa desses conceitos, pois ambos, método e metodologia, estão entrecortados por essa matriz de poder. Desta forma, não resta prejudicada a compreensão pela leitura indistinta do método-metodologia, como corpo e mente nessa tese. Como elementos inter-intra-relacionados.

que corrobora e retroalimenta o sistema de opressão social existente (ASCIONE, 2016; CHINN, 2007; LOUIS, 2007; MECKESHEIMER, 2013b; SMITH, 1999).

A ciência não se realiza encapsulada em si mesma, se interconecta com interesses outros que não estão estritamente inscritos e expressamente descritos na codificação científica.

De acordo com Ocaña, López & Conedo (2018, p.174)

a investigação foi assumida em Abya Yala como um processo de desumanização, um conjunto de ações colonizadoras que causaram dor e sofrimento. Imperialismo, capitalismo e colonialismo, constituem a tríade que moldou pesquisa como mecanismo de dominação, regulação e controle, através da criação de noções autoritárias que se tornam argumentos para manipular, dobrar e forçar, como são os conceitos de objetividade, verdade e realidade externa.

Para Ascione (2016), a Colonialidade do Método opera mediante três dispositivos: negação, neutralização e esterilização. A primeira refere-se à negação da relevância das relações coloniais para a compreensão histórica e das relações causais sociais, a negativa do passado como suporte estrutural para a compreensão da realidade presente e futura.

A segunda afirma a neutralização das tensões sociais advindas das relações coloniais assimétricas e da irrelevância dos agentes sociais não dominantes, ou seja, a naturalização das opressões. Por fim, a esterilização refere-se à negação da alteridade, da exotização das cosmologias não dominantes e sua expurgação do quadro teórico predominante. A criação das subjetividades desimportantes, não inscritas no projeto civilizatório e, conseqüentemente, tidas como matáveis, ocultáveis, desimportantes e consumíveis.

No entanto, esse modelo de metodologia tem se mostrado como elemento definidor e legitimador da razão científica (MALDONADO-TORRES, 2016, p.75) e, logo, da superiorização de sua episteme em detrimento de outras cosmovisões. As práticas de produção de conhecimento foram lançadas como alicerces modernos de dominação.

Nesse sentido,

as disciplinas da universidade europeia moderna podiam e podem conviver com e ajudar a produzir a invisibilidade, a marginalização e a patologia de comunidades racializadas e colonizadas, de suas obras e produtos. Isto faz também com que os métodos e as pressuposições

dessas disciplinas não só operem dentro dos limites e das fronteiras da linha secular, mas que desempenhem um papel crucial na redução dos problemas criados pela linha ontológica a problemas de outro tipo, particularmente em relação à oposição entre religião e secularismo, ou tradição e razão, que servem para evadir a confrontação com o “fato da colonialidade”. (MALDONADO-TORRES, 2016, p.83–84)

O processo de conhecimento revela o estabelecimento de relações hierarquizadas pela diferença colonial entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível (reificável). Criamos, assim, uma relação assimétrica de conhecimento entre o ser-conhecedor e o mundo-objeto-de-análise.

Nesse sentido, há um “nó górdio” a ser desatado: compreender as narrativas jurídicas das relações humanas e demais animais no contexto jurídico e latino-americano sem reificar os sujeitos humanos e não humanos. Isto porque a Animalidade tem sido tratada como problema para ser solucionado pelo sistema vigente de gestão de conhecimento, e não como sujeito que possui problemas.

Outra questão que revela a parametrização da racionalidade colonial refere-se ao processo de redução da complexidade social mediante categorizações dualistas. A criação de estruturas conceituais dicotômicas atomiza a gestão do conhecimento, limitando os protocolos de conhecimento uma vez que o conhecer, categorizar e transmitir são estigmatizados pela lógica dualista, como se a materialidade do mundo fosse reduzível e apreensível apenas em códigos binários.

Exemplo dessa tensão redutora no contexto do Direito Animal e da Animalidade é a redução dicotômica dos animais às categorias modernas, tais como coisa/pessoa, vertebrado/invertebrado, doméstico/silvestre, racional/irracional, humano/não humano.

A produção de conhecimento por vias dicotômicas é redutora e incapaz de apreender a realidade multifatorial, multidimensional e, principalmente, as relações multiespécies. Nesse sentido, o mundo é visto em pares conceituais: bem/mal, humano/animal, alma/corpo, homem/mulher, natureza/cultura, razão/emoção, metrópole/colônia. Tal polarização normativa acaba por ser co-constutora da realidade ao condicionar a lente de conhecimento do sujeito que investiga.

Há, diante da matriz de conhecimento colonial, uma polarização subordinativa no que se refere à leitura do mundo. O código binário se estabelece não de forma neutral, mas em pares opostos de superioridade qualitativa de um critério sobre outro, por exemplo, o bem é melhor que o mal, o humano que o animal, o homem

sobre a mulher, a cultura sobre a natureza, a razão sobre a emoção, a metrópole sobre a colônia. A lógica até aqui descrita produz, no sentido proposto por Gutiérrez (2011), uma interpretação do esboço embaçado de um mundo metonímico, dicotômico e neocolonial.

Não há metódica neutra, conseqüentemente, não pretendemos fazer uso de uma composição metodológica para legitimação de poder, reprodução de assimetrias e opressões. É nesse contexto que intentamos falar em decolonização da metódica para reconhecer que a produção de saberes, para além da violência disciplinar, deve se apoiar e se apropriar

criticamente do uso de múltiplas disciplinas e métodos, sobretudo nas ciências humanas e nas ciências sociais, e a construir novas categorias metodológicas, formas discursivas, práticas pedagógicas e políticas e espaços institucionais que procurem expandir os espaços de emancipação, liberação e decolonização do poder, do ser e do saber (MALDONADO-TORRES, 2016, p.75).

2.2. Metódicas decoloniais e Análise Crítica do Discurso Jurídico

Diversos autores, cuja linha de pensamento se aninha ao argumento decolonial, oferecem soluções diversas – e em certa medida complementares – para lidar com a construção das bases metodológicas conducentes à Decolonialidade (ASCIONE, 2016; DUSSEL, 2016; GORDON, 2013; GUTIÉRREZ, 2011; HABER, 2013; MIGNOLO, 2010; SMITH, 1999).

A abordagem decolonial desafia a rigidez disciplinar e sua codificação protocolar, uma vez que reconhece e objetiva desvelar as linhas de diferenciação ontológica traçadas pelo discurso da Modernidade. Concebe a própria construção metodológica como instrumental do projeto e atitude modernizantes.

Em sentido complementar, Walter Mignolo (2010) reconhece que a corpo-política e geopolítica do conhecimento proporcionam uma fratura no pensamento moderno

ego-teo-político.² Advoga, então, a necessidade de desprender-se da lógica de colonização das mentes e almas que conduziu à construção da subjetividade moderna.

Esse desprendimento, uma *desobediência epistêmica*, conduziria às teorias críticas decoloniais, às pluriversalidades não eurocentradas de paradigmas-outros. Consistiria em uma atitude que leva a aprender a desaprender para reaprender. Desaprender a monotópica das ideias ocidentais para reaprender o pluriverso do mundo e inscrevê-lo na teoria.

Ascione (2014) adiciona à perspectiva de *despensar* a Modernidade para decolonizar a teoria social. Por *despensamento* afirma ser a desconstrução dos axiomas auto evidentes da Ciência Moderna (estruturados pela razão colonial) e a necessidade de pensar axiomas em termos de axiomas-não-lógicos. A inquestionabilidade axiomática da Modernidade enquanto projeto civilizatório é quebrantada para ser considerada como apenas mais uma conjectura local plausível e possível ante o pluriverso.

Diante da lógica descrita, apresenta uma *metodologia teratológica* que consistiria em colocar uma ênfase particular na dimensão generativa da formação de conceitos. Consiste no efeito metódico para pensar, não pensar e repensar noções trazendo o "colonial" e o "não-ocidental" para a morfogênese dos conceitos (ASCIONE, 2016). Com isso, a aptidão da Modernidade como matriz generativa de hierarquias seria irrompida.

Gordon (2013; 2017), diante de uma perspectiva da fenomenologia pós-colonial marcadamente fanoniana, afirma a *suspensão teleológica do método e da disciplina* para lidar com a construção de aportes metodológicos decoloniais e superar o paradoxo da colonialidade, do disciplinamento e da metódica.

A suspensão teleológica da disciplinariedade implica em ver a disciplina como possibilidade e não clausura fetichista. Implica em reconhecer a incompletude, a insuficiência analítica da disciplina e a abertura para estabelecimento de relações. De acordo com o autor,

² De acordo com Bernardino-Costa *et al.* "ao contrário desse conhecimento desincorporado e sem localização geopolítica, o projeto decolonial assume a necessidade de afirmação corpo-geopolítica para a produção do conhecimento como estratégia para desarmar essa "bomba cultural" da qual nos fala Wa Thiong'o" (2018, p.13).

uma suspensão teleológica da disciplina sugere um movimento transdisciplinar, onde o envolvimento com a realidade pode exigir ajustes disciplinares, transcendência ou a construção de novas disciplinas. A Suspensão teleológica exige estar disposto a superar os pressupostos disciplinares de alguém por causa da realidade (GORDON, 2010, p.203)

De acordo com Maria Eugênia Borsani (2014), em uma investigação sob a ótica decolonial não haveria propriamente um protocolo metodológico previamente dado. Haveria a possibilidade de desenhos metodológicos múltiplos no contexto desta abordagem. Desta forma, uma perspectiva decolonial não necessariamente tende a pulverizar tudo o que já existe, criando um novo ponto zero, mas, sim, propor uma atitude perante o que há (RESENDE, 2017). Ainda, está assentada na premissa segundo a qual os instrumentos metodológicos e técnicas de investigação não devem promover a recolonização dos sujeitos, violentando-os.

Nesse contexto, propomos a utilização da Análise Crítica do Discurso (ACD) como um aporte que propicia evidenciar o modo como o abuso do poder social, o domínio e as desigualdades são praticados, reproduzidos e combatidos nos textos e contextos sociais (DIJK, 1999, p.23).

A autora Virginia Colares (2014, p.124) propõe uma a Análise Crítica do Discurso Jurídico como abordagem que objetiva revelar as “relações específicas – internas e recíprocas – entre linguagem, direito e sociedade”. Para a autora, os textos produzidos na órbita da prática jurídica são parte resultante da estrutura social da linguagem e, ao mesmo tempo, são potências transformadoras dessa estrutura social. Segundo Bragato e Colares (2017, p.950), “se a fundamentação de decisão judicial favorável a demandas de grupos minoritários desconstruir o discurso de subordinação dos mesmos, então emergem pistas textuais na superfície da decisão judicial de um discurso descolonial”.

É justamente nesta perspectiva metodológica que se assenta a presente tese. Buscamos, mediante uso da ACDJ, pistas textuais da fundamentação da decisão judicial em um possível sentido decolonial das questões afeitas ao Direito Animal na América Latina. Para tanto, o contexto jurídico da decisão, qual seja, a produção legislativa posta e a doutrina de Direito Animal situada geoculturalmente são

mediadores relevantes da compreensão do discurso latino-americano deste campo jurídico.

Assim como a perspectiva da decolonialidade (QUIJANO, 2014), a ACD visualiza o poder social demarcado em grupos e instituições sociais como controle (DIJK, 1999). Há, no contexto latino-americano, um ponto de confluência para a associação da ADC e ACDJ com o Giro Decolonial: a compreensão e crítica do manejo do poder.

Desta forma, a partir da ACDJ como metódica decolonial intentamos analisar o discurso jurídico organizado (decisões judiciais, legislações e corpo doutrinário), ancorados na realidade discursiva latino-americana do Direito Animal para cotejar as condições sociais e materiais para pensar a Animalidade e o Direito Animal em um modal desvencilhado da Matriz de Poder Colonial.

A autora Viviane de Melo Resende sintetiza a estrutura sob a qual se assenta a ordem de compreensão para nossa proposição metodológica.

Sendo a linguagem parte de toda estrutura, na forma de semiose; de toda prática social, na forma de ordem do discurso, e de todo evento social, na forma de texto, as relações de linguagem-sociedade são internas, a linguagem interiorizando e realizando traços de outros elementos de estruturas, práticas e eventos, conforme Norman Fairclough. O uso situado da linguagem, ao produzir textos, que são parte e resultado de eventos sociais, tem efeitos causais, gerando mudanças em nosso conhecimento sobre o mundo e, conseqüentemente, em nossas crenças e atitudes a respeito desse mundo (RESENDE, 2017, p.6).

Esses aportes e ordens de reflexões se complementaram e retroalimentaram a tomada de posição metodológica no presente estudo, bem como a nossa construção e significação como sujeito social.

2.3 Pesquisar a Animalidade e o Jurídico no contexto latino-americano

Produzir conhecimento sobre e com sujeitos marginalizados/subalternizados pela lógica da Modernidade é uma temática espinhosa. Torna-se mais desafiador quando falamos da subalternidade radical, qual seja, os animais não humanos.

Afirmamos a Animalidade como subalternidade radical uma vez que não possui voz e fala traduzíveis para os termos do contrato social humano. Essa linha ontológica de diferenciação coloca as espécies animais não humanas em uma categoria de inferioridade radical, seres matáveis e consumíveis. Nesse contexto, há um espaço-limite intransponível entre o humano-sujeito-pesquisador e o animal não-humano-sujeito-pesquisado.

Há uma lacuna de tradução interespecífica entre as vivências e experiências humanas e não humanas que complexifica os possíveis processos cognitivos para compreensão de relações multiespecíficas.

Nesse sentido, é pertinente trazer o questionamento proposto por Spivak (2010, p.70) acerca dos sistemas de representações traçados pelo intelectual sobre o subalterno no contexto do “circuito da violência epistêmica da lei e da educação imperialistas”. Poderia o subalterno não humano falar?

Falar sobre a voz que não pode ser plenamente traduzida é desafiador. Todavia, o que propusemos em certa medida não foi representar a voz animal. Tampouco falar em nome da Animalidade, defender suas intenções e interesses em uma posição epistêmica destacada e nutrida por uma superioridade moralista heroica.

A proposta repousa no intento de analisar o discurso construído na América Latina sobre a tutela jurídica e jurisdicional dos animais não humanos. A composição metodológica se justifica com esteio na consideração de Bragato e Colares (2017), quando afirmam ser o discurso uma construção social e que sua análise se dá por meio da consideração contextual.

Desta forma, com a ACDJ podemos compreender a Matriz Colonial de Poder que parametrizou a modulação tipológica das relações animalidade-humanidade. E pensar possibilidades outras constantes ou não nas decisões judiciais, pistas textuais decoloniais, rotas apagadas que propiciem a construção de relações multiespecíficas menos detrimetosas e ancoradas na nossa América.

A decolonização no Direito Animal significa, em última análise, questionar os pórticos da humanidade ocidentalizada e as linhas de diferenciação ontológica referendadas pelo Direito Moderno, enfatizando a necessidade de (re)criação dos espaços e relações sócio jurídicas que ligam a animalidade humana à não humana, situando-as.

Nesse caminho investigativo questionamentos diversos e problematizações poderão ser feitas. Como lidar com uma outridade “sem fala”? Qual o lugar de fala da

animalidade? Quem define como os animais serão falados? Como lidar com a complexidade de uma realidade multifatorial e as formas fundamentais de diferenciação hierárquica que entrecortam a animalidade? Quais animais falam e quais não falam? O projeto dicotômico natureza/cultura ainda resiste ao tensionamento das relações multiespecíficas? Questões múltiplas que conclamam reflexão.

Pesquisar com e sobre animais em contexto decolonial implica em reconhecer a existência de classificações sociais que entrecortam as suas existências, experiências vivenciadas e relações vividas que produzem repercussões jurídicas relevantes, inclusive nos modelos de decisão. Ou seja, reconhecer a existência de relações de gênero (distinções das relações e opressões entre fêmeas e machos), raça (animais de cor, mestiços e animais esbranquiçados) e classe (animais “sem raça” e animais de pedigree) no contexto das relações que a animalidade humana estabelece com a animalidade não humana.

Opera-se aqui uma projeção das linhas ontológicas de distinção intra-humanidade para além do humano. Essas classificações podem influir na construção discursiva do Direito Animal do ponto de vista da dogmática.

De acordo com Maldonado-Torres (2008), a atitude decolonial nasce não a partir do espanto perante a natureza ou o habitual, mas do horror ou espanto diante da morte colonial. A morte animal é replicadora desse horror, notadamente quando inconsiderada pela humanidade.

Se pensarmos que, segundo a Pesquisa da Pecuária Municipal do IBGE, o Brasil contava em 2017 com um efetivo de rebanhos (bovino, suíno, galináceo e caprino) destinados ao abate na ordem de 1.691.291.279 vidas animais, ceifadas apenas para fins alimentares, estamos diante de um dado assombroso e potencialmente produtor de confrontações decoloniais (IBGE, 2018).

Capítulo 3

A colonialidade do direito e giro decolonial

Em 18 de agosto de 1769, foi editada pelo então Rei de Portugal, D. José I, a Lei da Boa Razão, assim chamada por José Homem Correia Telles, em seus Comentários Críticos (1865). A Lei da Boa Razão objetivou restringir a liberdade do magistrado ao decidir sobre os abusos no uso do Direito Romano em detrimento das Ordenações e Leis do Reino (BUSTAMANTE, 2017; FONSECA, 2006).

Para Hespanha (1978), o texto normativo de 1769 tinha como principal objetivo proporcionar uma total reordenação das Fontes do Direito. Através de um processo de secularização e modernização, dar-se-ia relevo à vigência do Direito Nacional em detrimento do Direito Canônico e da tradição romanística.

Assim, instituiu-se uma meta-norma que figurou como uma lei instrumental que versava sobre a aplicação das demais normas jurídicas do Império português, compreendidas como formas de manifestações das fontes do Direito, uma espécie de Lei de Introdução às Normas do Direito de sua época. A Lei da Boa Razão estabeleceu-se como um mecanismo de confirmação do monismo jurídico estatal – em um contexto sócio jurídico plural –, com instrumentos jurídicos com potencial para conferir coerência, unidade e precedência ao Ordenamento Jurídico português secular e, por via de consequência, ao Direito Colonial Brasileiro (HESPANHA, 2006).³

O instrumento normativo objetivava restringir os excessos das interpretações jurídicas da época pombalina, definindo a *Boa Razão* como elemento de legitimação da interpretação das leis; da aplicação do Direito em caso de subsidiariedade; da determinação dos Costumes como Fonte do Direito; bem como sua utilização como critério de aplicação do Direito Romano nas relações jurídicas não privatísticas.

³ De acordo com Hespanha (2006), a autonomia do Direito no contexto dos sistemas jurídicos de Antigo Regime dar-se-ia mais pela capacidade local de lidar com as imprecisões e indeterminações jurídicas factuais que a existência de um corpo de leis próprias. Nesse sentido é que se afirma a existência de um Direito Colonial brasileiro – fundamentalmente baseado na prática dos tribunais – relativamente autônomo dos contextos jurídicos metropolitanos. Assim, não há incongruência em falar de certa autonomia jurídica colonial mesmo que o corpo legislativo utilizado tenha sido a partir da normatividade metropolitana. É nesse contexto que se torna relevante refletir sobre a Lei da Boa Razão no processo de construção e consolidação da tradição jurídica brasileira.

Ao intentar esclarecer o conteúdo normativo do termo *Boa Razão*, o instrumento dispunha que compreender-se-ia por Boa Razão os “primitivos princípios, que contém verdades essenciais, intrínsecas, e inalteráveis, que a Ética dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os Direitos Divino, e Natural, formalizaram para servirem de Regras Morais, e Civis entre o Cristianismo” (CORRÊA TELLES, 1865, p.29). Partia da inscrição em uma modelagem jusnaturalista teológica.

Ainda, compreendia que a Boa Razão possuiria uma lógica derivativa, pois “se funda nas outras Regras, que de universal consentimento estabeleceu o Direito das Gentes para a direcção, e governo de todas as Nações civilizadas” (CORRÊA TELLES, 1865, p.29). Um aporte juridicamente inscrito na cultura europeia da época.

Dentre outras coisas, a Lei da Boa Razão determinava requisitos de limitação da validade do costume jurídico. Nesse sentido, o costume só seria considerado como fonte do Direito se conjugasse três requisitos: ter mais de cem anos, não contrariar a Lei escrita do Reino e estar em conformidade com a “Boa Razão”.

No que se refere às interpretações do Direito Romano, vedava as referências às Glosas de Acúrsio e aos comentários de Bartolo do quadro das fontes do direito subsidiário. Ainda, determinava a secularização das relações jurídicas cíveis, ao passo que relegava a aplicação do direito canônico às questões que envolvessem pecado e que não estivessem previstas nas Leis do Reino.

Especificamente, ao versar sobre os casos de lacuna e aplicação de fontes subsidiárias do ordenamento do Reino de Portugal aplicáveis aos temas afeitos a matérias políticas, econômicas, mercantis ou marítimas, a Lei da Boa Razão coibia a utilização do Direito Romano como Fonte do Direito em favor da utilização das normativas das chamadas “Nações polidas da Europa”, “Nações mais iluminadas, que hoje se conhecem”. Estabelecia, assim, as fontes do Direito Português e Colonial com assento nas “Leis das Nações Christãs, iluminadas, e polidas, que com ellas estão resplandecendo na boa, depurada, e sã jurisprudência; em muitas outras erudições úteis, e necessárias, e na felicidade” (CORREIA TELLES, 1865).

Para afastar a aplicação excessiva do Direito Romano em detrimento das fontes nacionais, a Lei da Boa Razão se valeu do reverencialismo aos Ordenamentos Jurídicos nutridos por algum elemento ontologicamente e axiologicamente superior aos demais. Demarca-se, claramente, a diferença entre a dicotomia civilização *versus* barbárie, compreendida como civilizadas as sociedades ocidentocêntricas, especificamente nutridas pelos valores jurídicos da modernidade europeizante.

Esse instrumento normativo é relevante e revelador para a compreensão da morfologia do Direito Colonial Brasileiro que, por sua vez, influenciará a construção da cultura e tradição jurídicas na República de Pindorama a partir de 1889.

Em 11 de agosto de 1827, Dom Pedro I, então Imperador da nascente monarquia brasileira, criou dois cursos de Ciências Jurídicas e Sociais: um na cidade de São Paulo (atual Faculdade de Direito do Largo de São Francisco) e outro em Olinda (atual Faculdade de Direito do Recife).

A normativa inaugurou o processo de institucionalização da tradição e cultura jurídica no Brasil ao criar espaços acadêmicos para discussão e difusão do pensamento jurídico. De acordo com o texto de lei, os cursos deveriam contar com nove disciplinas em cinco anos, nove professores catedráticos (lentes) e cinco substitutos, todos nomeados pelo Governo Imperial.

Como critério de admissão, estabelecia que os proponentes que tencionavam matricular-se nos cursos jurídicos deveriam comprovar a idade mínima de quinze anos bem como comprovar a “aprovação da Lingua Franceza, Grammatica Latina, Rhetorica, Philosophia Racional e Moral, e Geometria” (BRASIL, 1827).

Após cinco anos de curso, era conferido ao aluno o grau de bacharel em Direito. Também era concedido o grau de Doutor aos bacharéis após defesa pública de teses escolhidas entre as matérias constantes do curso jurídico, podendo ser posteriormente escolhidos como lentes das instituições de ensino.

Todavia, o ponto que tencionamos salientar, consoante a temática da Colonialidade do Direito, encontra-se consignado no art. 7º do mencionado instrumento normativo fundacional. Dispõe sobre a produção intelectual dos professores e a proteção jurídica pela exploração econômica das obras de suas respectivas autorias.

art. 7º Os Lentes farão a escolha dos compendios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, **com tanto que as doutrinas estejam de accôrdo com o systema jurado pela nação**. Estes compendios, depois de approvados pela Congregação, servirão interinamente; submettendo-se porém á approvação da Assembléa Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer ás escolas, competindo

aos seus autores o privilegio exclusivo da obra, por dez anos (Grifo nosso).

O que se compreende como “systema jurado pela nação” parte da lógica de um constitucionalismo imperial não disruptivo com o modal hegemônico colonial. Uma Constituição outorgada que institui que a “Dynastia Imperante é a do Senhor Dom Pedro I actual Imperador, e Defensor Perpetuo do Brazil” (BRASIL, 1824). Não há solução de continuidade, a lógica da colonialidade se estabelece internamente com a chancela da elite colonial brasileira.

Desta forma, a matriz de poder subjacente instaura um processo de disciplinamento dos docentes e futuros discentes dos cursos jurídicos no Brasil. A doutrina só poderia ser pensada e formulada nos termos (im)postos pelo Império. Não houve espaço institucional disponibilizado pela normativa para a conformação de posicionamentos e lógicas divergentes ou dissidentes. Maculou a liberdade de cátedra em prol de um projeto civilizatório tipicamente moderno.

A universidade nasce no Brasil monoepistêmica e colonizada, “nossa elite branca trouxe uma elite acadêmica europeia branca para fundar uma universidade estritamente nos moldes das universidades ocidentais modernas” (CARVALHO, 2018, p.84). Não houve abertura para que comunidades negras e indígenas à época pudessem contribuir ativamente nas discussões e construções dos modelos de universidade, conhecimento jurídico e desenvolvimento de Estado.

Em 11 de outubro de 1890, o General Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório da Republica dos Estados Unidos do Brazil, assinava o Decreto n. 848 (BRASIL, 1890). O instrumento normativo objetivava organizar a Justiça Federal pós-golpe, na nascente República. Dispunha, dentre outras coisas, sobre a criação e distribuição das competências do Supremo Tribunal Federal, Juizes de Secção e Ministério Público.

O instrumento normativo instituía, dentre outras coisas, a vitaliciedade e inamovibilidade dos membros do Judiciário Federal (Art. 2); a nomeação dos juizes e

ministros do STF pelo presidente da república, no último caso ouvido o Senado Federal (art. 4); a atribuição do presidente da república de nomear o procurador geral da república dentre os membros do STF (art.6); um mandato de 4 anos para os procuradores da república (art.23) e a competência do júri federal para julgar os crimes federais (art.40). Versava, ainda, sobre o Processo Penal, Civil e questões administrativas, ou seja, dava forma e conteúdo ao Judiciário Federal brasileiro, institucionalizando a Jurisdição Constitucional como uma das marcas da República recém imposta.

Em suas disposições gerais, quando trata dos casos omissos em seu art. 386, lê-se:

Art. 386. Constituirão legislação subsidiária em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrarias ás disposições e espirito do presente decreto.

Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão tambem subsidiarios da jurisprudencia e processo federal (Grifo nosso).

O texto normativo mencionado afirma, em outras palavras, a possibilidade de utilização como Fonte do Direito, ainda que subsidiária, de instrumentos normativos extrínsecos à ordem jurídica brasileira. Ou seja, permitia a referência, como *ratio* de decidir, a legislações, jurisprudências e costume jurídico de ordenamentos outros que não o brasileiro para fundamentar a jurisprudência e o processo federal. Porém, apenas os “estatutos dos povos cultos” e, em especial, norte-americanos.

Não tratava propriamente de fazer uso do Direito Comparado como dispositivo norteador do estado da arte jurídico para consubstanciar uma tomada de posição, fosse legislativa, jurisprudencial ou doutrinária, tampouco da utilização de referências estrangeiras a título de *obiter dictum* em uma decisão. Tratava-se de reconhecimento de Fontes do Direito não estatais (que relativiza o monismo jurídico)⁴, do uso do Direito Estrangeiro ao invés do Direito Comparado como metódica, de um verdadeiro

⁴ De acordo com Lois & Marques (2015), a jurisdição constitucional vem se apropriando do material jurídico não doméstico como se faz quando se pede conselhos a alguém mais experiente, funcionando os argumentos jurídicos forasteiros como elementos persuasivos fortes. Tavares (2006) salienta que a evolução do direito brasileiro registra empréstimos legislativos tomados a diferentes ordens jurídicas ao invés de o recurso aos dados e métodos do direito comparado.

reverencialismo colonial explícito, que macula, inclusive, o pilar da construção dos Estados-nações modernos: a soberania estatal.

A tradição jurídica brasileira é cunhada com uma certa desconfiança da capacidade de a Ordem Jurídica interna – sujeitos e institucionalidades – oferecer os instrumentais necessários para prover decisões juridicamente adequadas. A república nasce como uma *common law* subsidiária, ou seja, a matriz teórica do Direito brasileiro nasce e, em grande medida, ainda é retroalimentada pela colonialidade como dispositivo de gestão do poder.

Fora traçada uma linha de diferenciação ontológica entre ordenamentos jurídicos interno e externos com o início da Jurisdição Constitucional brasileira que se reflete no presente. Um caso evidente de Colonialidade do Saber e do Poder Jurídicos.

O Decreto mencionado foi revogado apenas em 1991 pelo Decreto nº 11, pelo então presidente da República Fernando Collor de Melo, o que acentua ainda mais a situação ao considerar que o instrumento normativo vigeu por uma centena de anos, balizando as representações do Judiciário Brasileiro *intra* e *extra corporis* (BRASIL, 1991).

O texto normativo de revogação dispunha sobre a estrutura regimental do Ministério da Justiça. O mandamento de revogação do Decreto n. 484 encontra-se no art. 4 conjugado com o anexo IV (que lista os atos normativos que sofreram revogação expressa). Nota-se que ao longo do período de vigência do Decreto n.484 não se encontra ato normativo de igual ou superior hierarquia que o revogasse ao menos tacitamente, diante de conflito frontal com o seu conteúdo.

Iniciamos o presente capítulo com três recortes legislativos da história institucional brasileira que evidenciam a morfogênese do Direito estatal e da cultura/tradição jurídicas em *terra brasillis* conformadas pela matriz de poder colonial. As legislações mencionadas – que se aninham a inesgotáveis exemplos cotidianos do mundo jurídico teórico e prático – revelam uma faceta do Direito institucionalizado que é sumariamente silenciado: o Jurídico entrecortado pelo padrão de poder colonial.

É consolidada no mundo jurídico uma ampla utilização de argumentos de autoridade, tais como reverencialismo, manualismo, uso da linguagem do fórum etc,

havendo a estruturação de uma narrativa superficial que dá precedência ao poder de quem enuncia sobre o conteúdo enunciado. A respeito da crítica ao modus de produção do conhecimento jurídicos, Luciano Oliveira (2004) e João Maurício Adeodato (1999) empreendem uma crítica digna de nota.

Em sentido complementar, há diversas referências em decisões do STF às narrativas de superioridade civilizacional. Reverencialismo às nações e ordenamentos jurídicos outros são esboçados em decisões tais como ADI 1.969, relatada pelo ministro Ricardo Lewandowski, j. 28-6-2007, P, DJ de 31-8-2007, RE 575.144, voto do rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 11-12-2008, P, DJE de 20-2-2009, Tema 50, ADI 4.617, rel. min. Luiz Fux, j. 19-6-2013, P, DJE de 12-2-2014.

O enunciado lugar-comum que afirma o Direito como um sistema autorreplicante, autoconstitutivo e autorreferente sem interconexão e ingerências dos demais sistemas sociais é aqui problematizado, pois consideramos que o que conhecemos como Direito é produto de uma matriz de poder específico.

A consideração de que o Sistema Direito funciona como ordem de relações entre normas jurídicas tem o objetivo de velar e neutralizar as relações de conflito, dominação e violência afeitas ao processo de construção e replicação dos espaços e relações jurídicas. Já o postulado da ACDJ é justamente expor, evidenciar e enunciar essas relações presentes no texto e nos contextos.

A visão moderna do Direito como sistema de normas jurídicas que se formulam e retroalimentam de forma solipsista se presta ao desígnio da gestão de corpos, instituições e relações a serviço de um padrão específico de circulação do poder. Como consequência dessa assunção, o Direito, muito embora se afirme como o âmbito onde se perfaz Justiça – como um ente abstrato universal –, está afeito à possibilidade de legitimação desse padrão de poder e estabilização de um modelo societal afinado segundo os preceitos moderno-coloniais.

A noção de justiça pode ser parametrizada também em conformação com o arquétipo Modernidade-Colonialidade. Nesse sentido, não haveria justiça nos espaços de “incivilização”. Essa constatação traz à tona a matabilidade de certos tipos de corpos humanos não conformados por essa matriz de poder. Alinho-me aqui à noção de vida nua afirmada por Agamben (2007), segundo o qual certos indivíduos seriam matáveis, pois, destituídos de elementos de singularidade.

Há, nos espaços práticos e teóricos do Jurídico, potencialidade de sedimentação das táticas de dominação, violência e opressão de *uns* como modal padronizado para

a perseguição de respostas juridicamente aceitáveis para *outros*. Em nome de um projeto civilizacional, a opressão é transformada em senso de justiça segundo o brocardo da função primacial do processo (pacificação social com justiça).

O Direito é uma invenção ocidental, elemento constitutivo e retroalimentador do Mito da Modernidade (DUSSEL, 1993). A cartilha do Direito é (re)criada a partir de um etnocentrismo jurídico e esse localismo é imposto como centralidade universal nas narrativas e discursos dos Estados, sujeitos e instituições ditas civilizadas (SANTOS, ARAÚJO & BAUMGARTEN, 2016).

No presente capítulo objetivamos compreender o fenômeno jurídico – sua gênese ocidentocêntrica, seus limites e alcances, destinatários e designatários – sob o prisma da colonialidade que infecta suas estruturas, como evidenciado pelos três exemplos de instrumentos jurídicos que em certa medida constroem os alicerces fundacionais da cultura jurídica brasileira e que de um modo geral refletem as formatações jurídicas moldadas e concatenadas em nossa América. Esse passo é fundamental para entender as condições de possibilidades para pensar os encontros multiespécies e suas potencialidades.

A colonialidade, como uma lógica de poder que extravasa a administração político-institucional de espaços geográficos dominados e expropriados como empreendimentos coloniais, projeta uma estrutura de controle que toca diversas dimensões, como a construção de subjetividades (MALDONADO-TORRES, 2007), a estrutura de conhecimento (GROSFOGUEL, 2011; LANDER, 2005), as institucionalidades jurídico-política-econômicas (DAMÁZIO, 2011; GROSFOGUEL, 2008), as sexualidades, corporeidades e gênero (LUGONES, 2014; PEREIRA, 2015; SEGATO, 2012; VERGUEIRO, 2016) e os sujeitos da natureza para além dos sujeitos humanos (BELCOURT, 2014; ESCOBAR, 2005).

O Direito se apresenta como um dos possíveis instrumentais para alimentar as distinções ontológico-operativas do mundo. A ordem jurídica pode normatizar e normalizar as diferenças, conferindo a legitimidade formal da legalidade aos marcadores sociais da diferença e, deste modo, objetivar neutralizar os conflitos, tensões e contradições sociais como se não existissem.

Com isso não desconhecemos a capacidade crítica e criativa do Direito para romper com esse modal de opressão. A colonialidade jurídica pode ser quebrantada. Há espaços diversos de discussão e construção decoloniais das visões possíveis do

mundo jurídico com lentes e miradas desvencilhadas dessa matriz hegemônica de poder que o nutre.⁵

Desta forma, o Estado-Direito apresenta-se, possivelmente, como um criador ou, ao menos, replicador conivente (e conveniente) das linhas abissais (SANTOS, 2007), das zonas de Ser e Não-Ser (FANON, 2008), das distinções operativas entre seres matáveis e imatáveis. No sentido proposto por Maldonado-Torres (2018, p.33) “o Direito está sempre do lado do poder que propiciou a sua formação”.

Com isso, propomos uma releitura da morfogênese do Direito Ocidental enquanto categoria e fenômeno social para o reconhecimento das potenciais conformações sexistas, racistas, classistas e especistas que modula(ra)m a construção das categorias jurídicas eua-euro-ocidentalocêntricas e, conseqüentemente, a propositura de ruptura com esse modal.

Para tanto, no sentido proposto por Silva (2014, p.39), há de se compreender o Direito “não apenas como inscrito nos domínios judicial, legislativo e doutrinário, mas no âmbito do discurso público desordenado”. O Direito compreendido como atividade dinâmica e não como regras memorizáveis e aplicáveis como que em um jogo de encaixe.

Os padrões de poder estabelecidos devem ser evidenciados em suas manifestações factuais e compreendidos como condicionalidades recíprocas para a conformação do Direito institucionalizado. Ou seja, o Direito é mediado pela matriz de poder que nutre a rede societal sobre a qual vivemos, que, por sua vez, retroalimenta esse sistema de poder jurídico.

No entanto, não afirmamos, pois, um essencialismo. Não consideramos que o Direito possui uma imanência prévia incontornável. Partimos da lógica de que o jurídico pode ser conformado em diversas formatações político-ideológicas. Retirar o contexto do Direito significa afirmá-lo como algo imanente, essencialmente universal, conteudisticamente preestabelecido e autoevidente.

Como afirma Silva (2014, p.45), “as ordens jurídicas são em seu todo eticamente impregnadas por uma cultura majoritária, dominante e determinado momento histórico”. Diante dessa linha de raciocínio, o Direito enquanto sistema de pensamento e sistema de ação está compreendido e embevecido pelo padrão de poder vigente, qual seja, o discurso Moderno-Colonial – ao menos em sua versão hegemônica.

⁵ Nesse sentido, ver Garavito (2011), Santos (2007), Torre Rangel (2006), Wolkmer & Correias (2013).

Compreender a genealogia da Modernidade, assim, torna-se fundamental para compreender e setorizar o fenômeno jurídico. Desconstruir o truísmo da universalidade monista do Direito, dos Direitos Humanos e demais categorias da cartilha do Direito Moderno para afirmá-los como narrativas não-universais, contingenciais e historicamente construídas.

Dessa forma, reconhecer o legado colonial para a conformação do Direito nos moldes que apreendemos, replicamos e operamos, é essencial para desmitificar o Jurídico. Discordamos de uma possível visão idílica na qual os modelos de institucionalização jurídica da gestão da vida pública pré-invasão das Américas sejam axiologicamente e ontologicamente superiores, já que seria uma narrativa local, pura e em consonância com a região. A normatividade pré-colonial não é aqui romantizada. Esses sistemas também possuem suas formas e modalidades de classificação social, opressão etc. (SAEED, 2014).

O reconhecimento da colonialidade como fenômeno que entrecorta nosso mundo é uma leitura possível dos fenômenos sócio jurídicos, uma opção político-metodológica que fizemos sem obliterar as diversas lentes e miradas que fazem uso de instrumentais e técnicas outras. Ao reconhecer a colonialidade como clivagem que entrecorta todos os recantos do social, concluímos que as narrativas, pensamentos e práxis jurídicos são mediados por essa matriz de gestão do poder.

Com isso, objetivamos criar condições operativas de abertura do sistema jurídico para sua autocompreensão e autojustificação desestandardizada, em diálogo com paradigmas outros de vivências e experiências do jurídico, direitos periféricos, emergentes, dissidentes, baseados em lógicas performáticas desalinhadas com a monocultura do Direito.

Reconhecemos que as relações jurídicas massivamente são construídas e travadas nas ruas, para além das portas dos Fóruns e, conseqüentemente, alheias aos processos jurídicos formalmente estabelecidos. Assim, há uma multitude de realidades jurídicas não devidamente tratadas na dogmática jurídica (marcadamente voltada a discutir e solucionar o direito conflituado no processo).

Assim, discutiremos nas seções que seguem o Jurídico emaranhado pela Colonialidade do Poder, do Saber, do Ser, da Natureza e da Animalidade como condições de possibilidade para a decolonização do Animal e do Direito. Desta forma, muito mais do que uma opção epistemológica, vislumbramos a decolonialidade como uma necessidade jurídico-política.

Cumpra-se aclarar que optamos por utilizar o termo “decolonial” ao invés de “descolonial” como forma de diferenciar a decolonialidade como projeto epistêmico, ontológico, político e teórico, das lutas e processos históricos de independência das colônias levados à cabo pós-guerra fria. De acordo com Luciana Ballestrin (2014, p.108), “a supressão da letra “s” marcaria a distinção entre o projeto decolonial do Grupo Modernidade/Colonialidade e a ideia histórica de descolonização, via libertação nacional durante a Guerra Fria”.

Objetivamos, ainda, promover a diferenciação dos estudos pós-coloniais e subalternos. A diferenciação dos autores pós-colonialistas com relação ao movimento decolonial estabelece-se à medida que há uma distinção do *locus* enunciativo. Também é demarcada uma ruptura de concepção analítica. De acordo SAUERBRONN, AYRES, LOURENÇO (2016, p.131)

de um lado, o Pós-Colonialismo de Said, Spivak e Bhabha tem como fonte o pósestruturalismo de Foucault, Lacan e Derrida, de outro lado, o/a Movimento/Epistemologia Decolonial tem origem em pensadores como Waman Puma de Ayala, José Carlos Mariátengui, Amílcar Cabral, Aimé Césaire, Frantz Fanon, Rigoberta Menchú, Gloria Anzaldúa, dentre outros.

Catherine Walsh (2008) salienta que a intenção não é desfazer o colonial ou revertê-lo, ou seja, superar o momento colonial pelo momento após o colonial. A intenção é promover um posicionamento contínuo de transgressão e insurgência. “Decolonial denota, então, um caminho de luta contínua em que podemos identificar, visualizar e encorajar ‘lugares’ de exterioridade e construções alternativas”.

Em similar sentido afirma Maldonado-Torres (2018, p.28):

Nesse contexto, decolonialidade como um conceito oferece dois lembretes-chave: primeiro, mantém-se a colonização e suas várias dimensões claras no horizonte de luta; segundo, serve como uma constante lembrança de que a lógica e os legados do colonialismo podem continuar existindo mesmo depois do fim da colonização formal e da conquista da independência econômica e política.

Por Matriz Colonial compreendemos o espectro de poder que engendra relações sociais estabelecidas pela hierarquização racializada. Segundo Maldonado-Torres (2018, p.36), seria “uma lógica global de desumanização que é capaz de existir até mesmo na ausência de colônias formais”. Estas relações partem de uma lógica

geopolítica e epistemológica que se inaugura com a mundialização do capitalismo e estabelecimentos das estacas coloniais da Modernidade.

Consideramos, aqui, o ano de 1492 como marco inicial da Modernidade (DUSSEL, 1993). A invasão das Américas e o início de um projeto de mundialização do valor capitalista. A opção por essa demarcação possui motivações específicas atreladas a um distanciamento das percepções salvacionistas e civilizatórias da Modernidade.

Primeiramente, salientar a descentralidade da narrativa da modernidade, ao afirmar um evento geopolítico que se amolda fora da internalidade europeia, muito embora possa considerar aqui as Américas como exterior constitutivo da noção europeia de Modernidade.

Em segundo lugar, mas não menos importante, evidenciar a construção de uma nova cartografia mundial, em que são inauguradas rotas mercantis que fazem com que o mundo, sua visão e narrativa, deixem de ser centralizadas na Europa e passem a ser mundializadas. Inclusive, podemos salientar esse fator como condição de possibilidade para o desencadeamento da crítica decolonial nesse sistema-mundo.

Por sistema-mundo compreendemos

um movimento de protesto dentro das ciências sociais eurocêntricas contra as análises que utilizam a categoria “sociedade”, entendida como equivalente ao “Estado-nação”. Outra maneira de dizer o mesmo seria usar a noção de “sociedade-mundo”, ou seja, que vivemos em temporalidades e espacialidades de “sociedades globais”, e não de “sociedades nacionais”. A ideia da teoria do sistema-mundo é que existem processos e estruturas sociais cujas temporalidades e espacialidades são mais amplas que as dos “Estados-nações”. Estes, em todo caso, capturam dentro de suas fronteiras, de forma ativa/passiva, singularidades de processos globais de ampla duração e ampla espacialidade que ocorrem “mais além” e “dentro” de suas fronteiras e estruturas, atravessando-as transversalmente. (GROSFOGUEL, 2018, p.55).

Outro ponto que mais à frente salientaremos refere-se à possibilidade de compreensão deste marco como ruptura de Eras geológicas e inauguração do Capitaloceno/Antropoceno. Com a mundialização, a intervenção humana sob os aspectos biogeofísicos do planeta Terra é propulsionado em escala e densidade, inclusive, com lastro jurídico legitimador.

Mignolo e Grosfoguel (2008) identificam ao menos quatro eventos históricos que fincam as demarcações da Modernidade/Colonialidade enquanto *modus*, fenômeno

histórico e geocultural. Partem da lógica assinalada por Enrique Dussel em seu livro *1492: o encobrimento do outro* (1993).

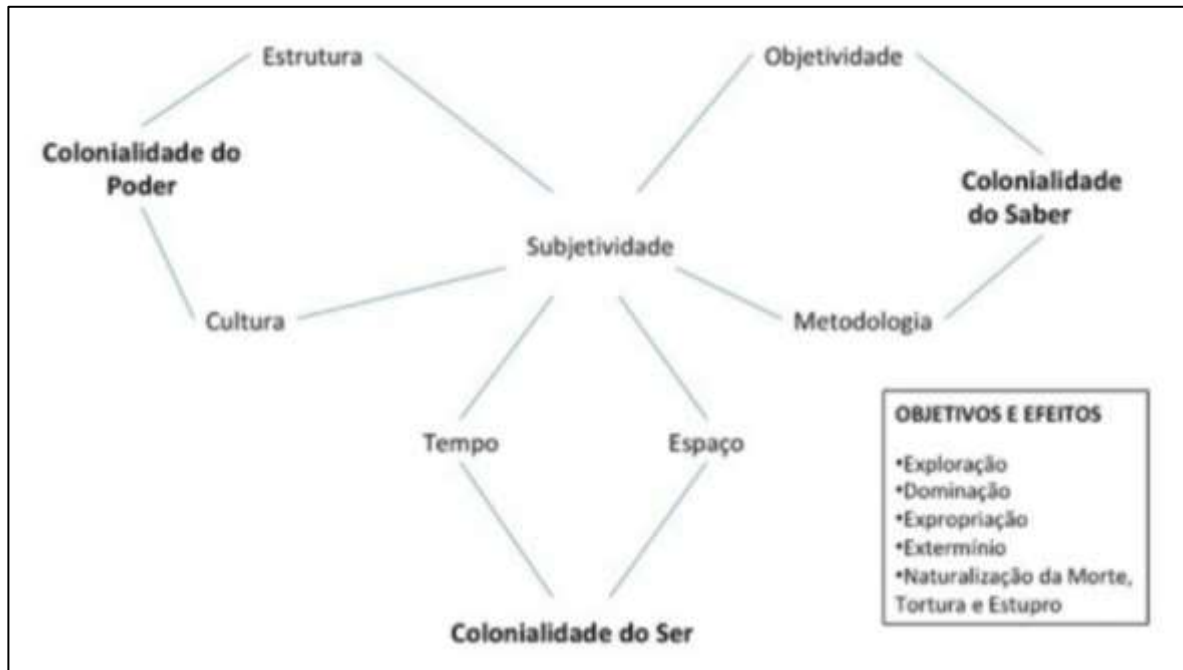
Primeiramente, a expulsão dos mouros e judeus da Península Ibérica pelo reino cristão; adicionalmente, a invenção das Américas através do processo de invasão das terras e genocídio dos povos nativos; a reificação e escravização dos sujeitos negros. Ramon Grosfoguel (2016) ainda menciona um quarto genocídio contemporâneo a esses eventos: as mulheres acusadas de bruxaria e mortas nas fogueiras europeias.

A partir dessa lógica alguns sujeitos são moldados enquanto outros moldam; uns são sujeitos do conhecimento, outros são sujeitos ocultados; uns destinados a manejar o poder, outros a serem por ele manejados. Há um padrão de poder e dominação estabelecido com a Modernidade/Colonialidade que estrutura os modos de vida e percepção de mundo capitalistas.

A Colonialidade do Poder, Ser e Saber objetiva manter os condenados em seus lugares, fixos, como se eles estivessem no inferno. “Esse é o inferno em relação ao qual o céu e a salvação do civilizado são concebidos e sobre os quais ele está acoplado” (MALDONADO-TORRES, 2018, p.44). Nesse sentido, Catherine Walsh apresenta, com base em Aníbal Quijano, os quatro eixos de manifestação da Matriz Colonial, a saber, a Colonialidade do Poder, Colonialidade do Ser, Colonialidade do Conhecimento e Colonialidade da Natureza (2008, p.135-39).

Propomos, ainda, um quinto eixo referente à *Colonialidade da Animalidade Não Humana* ou *Colonialidade dos Animais* que será minudenciado no capítulo terceiro. Vale notar que tais eixos se entrelaçam na dinâmica social em um processo contínuo de condicionalidade recíproca, conforme dispõe analiticamente a figura abaixo.

FIGURA 2 - Analítica da Colonialidade: algumas dimensões básicas



Fonte: MALDONADO-TORRES, 2018

A Modernidade euro-eua-ocidentalocêntrica é mais que um projeto epistemológico, mais que um projeto civilizatório, também é um projeto jurídico. O reconhecimento do potencial transformativo ou emancipatório do Direito perpassa pela afirmação de uma ecologia de direitos como modo disruptivo com a metódica da Colonialidade Jurídica e do primado do Direito como artifício universal etnocêntrico-ocidental (ARAUJO, 2016).

3.1 Colonialidade do Poder, classificação social racializada e construção dos marcadores sociais da diferença

Aníbal Quijano (2014) compreende o poder como um espaço e rede de relações sociais de exploração-dominação-conflitos que se articulam em função da disputa e controle de diversos âmbitos da existência social. A partir da padronagem e exercício

desse poder em uma determinada matriz conformadora é que são definidos os elementos materiais e subjetivos do *modus* de existência social, ou seja, são estabelecidas as regras do jogo social, assim como determina-se quem são os seus jogadores.

O controle da autoridade, seus recursos e produtos permitem o estabelecimento de um regime de codificação e classificação social por meio de dispositivos que retroalimentam relações sociais hierarquizadas. É nesse contexto que as estruturas coloniais do poder naturalizam as diferenças culturais entre os grupos humanos.

Há um padrão de manifestação do poder estabelecido e hegemônico a partir da mundialização do capitalismo, invasão das Américas e consequente difusão de rotas comerciais transatlânticas, que serve à dominação e exploração de grupos não hegemônicos e a invisibilização de vivências, experiências e rotas epistêmicas diversas até os dias atuais. Há uma naturalização das relações e identidades da colonialidade e da distribuição geocultural do poder (QUIJANO, 2000).

O marco analítico proposto por Quijano fornece a percepção da inseparabilidade histórica entre o modelo de exploração capitalista e a racialização, um sistema de poder que ancorou suas estruturas na colonização como técnica de domínio, tal como empreendido nas Américas (LUGONES, 2014).

Neste marco propositivo, o controle e a dominação são fundamentais para o exercício e titularização do poder. Ele é assim concebido, exercido e estabilizado através da violência, que institucionaliza a estrutura de autoridade coletiva legítima (QUINTERO, 2010).

É estabelecida a naturalização das relações coloniais de dominação entre o *eu-euro-eua-ocidentalocêntrico* e o *outro-bárbaro-incivilizado*. Nesta conjuntura é que experiências prévias de sociedade, poder e organização político-jurídicas são obliteradas, reputadas como menores, desimportantes ou inexistentes no contexto latino-americano e mundial. No sentido proposto por Sara Araújo (2016, p.90), são “universos jurídicos e políticos excluídos e classificados como inferiores, primitivos, locais, residuais ou improdutivos”. A compreensão da colonialidade desvela a estruturação íntima do poder do Sistema-Mundo Moderno desde o século XVI.

A Colonialidade do Poder refere-se, assim, a uma estrutura de classificação social hierarquizada racialmente. É criado um gradiente de identidades sociais que são perfiladas entre identidades positivas e negativas, consequentemente, promove-se a diferenciação detrimetosa: sujeitos do poder e sujeitos ao poder.

A raça converte-se, na Modernidade/Colonialidade, em um potente – e primeira categoria analítica da Modernidade, segundo Quijano – dispositivo de classificação e hierarquização social. Através da criação da raça o padrão de poder colonial estabelece diferenciações intraespecíficas a ponto de atribuir insignificância a certos agrupamentos sociais que são reputados como desimportantes.

A linha da humanidade é cortada e criam-se categorias de quase-humanidade e inumanidade. A racialização estabelece-se como dispositivo de controle, um princípio organizador do Sistema-Mundo, um critério geral de sociabilidade. De acordo com Aníbal Quijano (2005, p.17),

entre os escombros desse prodigioso mundo em destruição e com seus sobreviventes, foram produzidos, no mesmo movimento histórico, um novo sistema de dominação social e um novo sistema de exploração social. E, com eles, um novo padrão de conflito. Enfim, um novo e historicamente específico padrão de poder. O novo sistema de dominação social teve como elemento fundador a idéia de raça. Esta é a primeira categoria social da modernidade.

Igualmente, cria-se uma cartografia do poder na qual é estabelecida um padrão de relações entre Europa Central – e posteriormente EUA – e América, África e Ásia, gerando a planetarização da matriz de poder, um sistema de dominação social global.

Sob o aspecto jurídico, a Colonialidade do Poder se manifesta na instituição própria dos Estados latino-americanos. A noção que se impõe de Estado-nação é das primeiras violências epistêmicas, físicas, simbólicas e jurídicas. Os institutos jurídicos são impostos como universais e, por via de consequência, implantados de forma acéfala nos países instituído em Abya Ayala.

Nesse sentido, alguns dispositivos são tomados como dogmas metafísicos da criação de um Estado aos moldes modernos, a saber, a tripartição dos poderes, os freios e contrapesos, o presidencialismo, o modelo de democracia liberal, um conteúdo previamente estabelecido da cartilha de direitos humanos.

São exemplos das manifestações de um modelo político-jurídico ideal tipicamente inscrito nos moldes eurocentrados⁶, que desconhece as matrizes de

⁶ “Já sabemos que a pretensão de um Estado de que sua identidade corresponda à identidade da população dentro de suas fronteiras é uma ficção eurocêntrica do século XIX. Não existe em nenhuma parte do mundo tal coisa como um Estado cuja identidade corresponda à identidade da população dentro de suas fronteiras. Esse princípio de correspondência identitária entre Estado e população tem criado mais problemas que soluções e mais confusões do que esclarecimentos, não somente no plano conceitual e epistemológico” (GROSFOGUEL, 2018, p.55).

poder, organização societal, vivências e experiências do jurídico existentes até então no continente e reputa-os como inexistentes para a conformação teórica e prática dos Estados que foram impostos. “Em resumo, levantar a questão do colonialismo perturba a tranquilidade e a segurança do sujeito-cidadão moderno e das instituições modernas” (MALDONADO-TORRES, 2018, p.33).

Além, e mais profundamente, podemos mencionar a fundação dos Direitos Humanos. Consideramos o empreendimento colonial como condição operativa para a sedimentação da cultura de direitos humanos das revoluções burguesas-brancas-heteronormativas levadas a cabo na Europa Central.

A morfogênese, ontogênese e sociogênese do Direito Moderno e das dimensões de direitos fundamentais repousam no genocídio, controle, dominação e inumanização do *outro*, levados a cabo em desfavor das identidades e subjetividades racializadas. É nesse sentido que o nascedouro dos direitos humanos é uma violência epistêmica, um universal abstrato que ofusca a seletividade e Colonialidade do Direito.

É diante dessa linha de raciocínio que há uma intencionalidade não descrita no discurso liberal do Direito e dos Direitos Humanos. Há um referente ausente, um exterior constitutivo. A narrativa hegemônica da fundação dos direitos possui lugar, tempo e sujeitos específicos (criadores e destinatários).

No quadro das revoluções e da sedimentação da teoria dos direitos humanos e/ou fundamentais não é mencionada a Revolução do Haiti ou a Revolução Tupac Amaru.⁷ O silenciamento dessas narrativas possui uma intencionalidade, um propósito político-epistêmico-jurídico-civilizacional. Inumanos não produzem História, conhecimentos, racionalidades jurídicas e políticas. São insurretos incapazes de criar algo que seja destinado aos que estão acima da *linha abissal* (SANTOS, 2007).

Nesse sentido é que são apostos como condições históricas dos Direitos Humanos a Liberdade, Igualdade e Fraternidade do branco-europeu-homem-proprietário-metropolitano-heterossexual-cristão para o branco-europeu-homem-proprietário-metropolitano-heterossexual-cristão, e não o sangue de cor. Esses são apenas alguns dos fantasmas que habitam nossa existência social. Resta o intento de desintegrar o atual padrão de poder para construir alternativas decoloniais.⁸

⁷ Sobre modelos disruptivos, ver James (2000) e sobre a Revolução Tupac Amaru, ver Calvimontes (2017).

⁸ Apesar de apagados enquanto eventos de emancipação e projeto civilizatório, tais marcos circularam e produziram efeitos no mundo afrodiaspórico como processos de resistência, persistência e existência.

3.2. Colonialidade do Saber e produção de conhecimento jurídico

De acordo com Boaventura de Sousa Santos (2007), o conhecimento e o Direito figuram como as manifestações mais recorrentes do pensamento abissal. Para o autor, a *abissalidade* é uma característica do pensamento moderno ocidental que estrutura um sistema de distinções da realidade social em dois universos ou dimensões, divididos pela *linha*.

Esse tipo de pensar extirpa qualquer possibilidade de copresença entre os conteúdos dos dois lados da linha (*desse lado da linha e do outro lado da linha*). A linha demarca uma cartografia das existências e inexistências sociais, as significâncias e insignificâncias, a visibilidade e a invisibilidade. A copresença é radicalmente negada à medida que apenas um dos lados figura como polo de enunciação.⁹

Para o autor, o conhecimento e o Direito são linhas abissais, interdependentes, das mais potentes do mundo moderno. No campo do saber o conhecimento moderno avoca para si o monopólio da distinção universal entre o verdadeiro e o falso. Estipula-se um sistema de validade no qual o conhecimento científico (baseado em uma estrutura de poder europeizante, acordante com a suposta sequência ideológica da episteme moderna) impõe-se como válido em detrimento da invalidez apriorística das demais formas de conhecer que não se submetem à cartilha científica de produção de verdades.

De acordo com Bernardino-Costa, Maldonado-Torres e Grosfoguel (2018, p.17) “da luta contra o apartheid na África do Sul no final do século passado sobre ativistas e intelectuais negros, assim como da luta pelos direitos civis nos Estados Unidos nos anos 1960 e da Revolução Haitiana no começo do século XIX, apenas para falar esparsamente da força de alguns eventos que circularam o mundo afrodiaspórico”.

⁹ “Por trás do “(eu) penso” podemos ler que “outros não pensam” ou não pensam adequadamente para produzir juízos científicos. Consequentemente, inicia-se, com Descartes, de maneira límpida e transparente, uma divisão entre aqueles que se autointitulam capazes de produzir conhecimento válido e universalizável e aqueles incapazes de produzi-lo. Todavia, o estabelecimento do maniqueísmo não para por aí. O “Penso, logo existo” não esconde somente que os “outros não pensam”, mas que os “outros não existem” ou não têm suficiente resistência ontológica” (BERNARDINO-COSTA; MALDONADO-TORRES; GROSFUGUEL, 2018, p.12).

Há um ponto que passa ao largo da análise de Boaventura que merece problematização. O autor descreve a diferenciação estabelecida “desse lado da linha” entre Ciência, Filosofia e Teologia e contrapõe com os sistemas de conhecimentos do outro lado da linha, qual seja, o popular, indígena, camponês, plebeu. As diferenciações estabelecidas socialmente hierarquizam os modos de fazer, transacionar e circular saberes relevantes.

Nesse sentido, a Metrópole produz conhecimento científico, faz História, filosofa e cria as premissas modernas da sacralidade e deidade. No nosso lado da linha, caso o leitor também seja latino-americano, resta apenas o domínio da opinião, crença, intuição, idolatria, lógicas míticas e subjetivas.

Não há apenas relação entre Ciência-Filosofia-Teologia vs. Misticismo Colonial. Há outro tipo de relação que reproduz a abissalidade: a ciência-metropolitana vs. ciência-colonial, a teosófica do Norte vs. Sul, a linha de pensamento nortista vs. as epistemes subalternas.

Mas o autor esquece que a própria noção de cientificidade, filosofia e pensamento teológico produzida desse lado também é obliterada e reputada como menor. Veja, por exemplo, a lista de cânones das Ciências Sociais como Grosfoguel (2016) salienta.

A Ciência “colonial” – produzida no lugar-tempo subalterno e por sujeitos subalternizados – desaparece do universo de considerabilidade como conhecimento relevante ou comensurável por se tratar de um tipo de ciência feito de forma local e não como abstrato universal. Haveria uma rota unidirecional intransponível: o conhecimento científico metropolitano imposto como modo de fazer ciência de cima para baixo.

Geralmente só se dá valor à ciência aqui produzida quando se realiza um fluxo de intercâmbio entre pesquisadores eua-europeus com os pesquisadores desse lado. Em sentido semelhante ocorre com a Filosofia e Teologia. Só se filosofa em alemão, e não em quéchua, tupi etc.¹⁰ As cosmologias não se encaixam no modal hegemônico e são tidos detrimetosamente como seitas.

É nesse contexto que concordamos com Grosfoguel (2016) quando estabelece a crítica à universidade ocidentalizada. Estabelece-se um racismo epistêmico à

¹⁰ Nesse sentido, saliento a produção filosófica andina (ESTERMANN, 2006; GUTIERREZ, 2015^a;2015^b; MORA PENROZ, 2001).

medida que somos reputados como seres menos aptos a conhecer e a produzir racionalidade.

É justamente nessas premissas que se assenta o segundo eixo de manifestação da Matriz Colonial. Refere-se ao mito de construção de uma única racionalidade válida e com aspirações universalizantes: o modo de observar, conhecer, quantificar, medir tipicamente inscritos no modelo eurocentrado. São descartadas as demais formas de produzir e fazer circular saberes em sociedade, uma vez que apenas o conhecimento científico é chancelado pela Modernidade.

O “penso, logo existo” nega as condições de pensamento do *outro* e, por via de consequência, as condições materiais e simbólicas para a existência do *outro* como não-violência. (MALDONADO-TORRES, 2007; BERNARDINO-COSTA, 2018).

A partir da elaboração cartesiana, fica clara a ligação entre o conhecimento e a existência. Em outras palavras, o privilégio do conhecimento de uns teria como corolário a negação do conhecimento de outros, da mesma forma que a afirmação da existência de uns tem como lado oculto a negação do direito à vida de outros: “a desqualificação epistêmica se converte em instrumento privilegiado da negação ontológica” (MALDONADO-TORRES, 2007, p.145).

A *Razão Colonial* (MALDONADO-TORRES, 2007) subjacente à Colonialidade do Saber reproduz-se no sistema educacional básico e universitário. O marco intelectual-científico-acadêmico europeu é veiculado como base fundante do saber formal. O campo do saber apresenta-se como instrumental de dominação.

O reconhecimento do conhecimento estruturalmente colonizado põe em questão se o *aparatus* metodológico fora em algum momento histórico liberto das estacas que marcam o modal Moderno de produção e legitimação da centralização do conhecimento como fagia de saberes plurais (GORDON, 2017).

O conhecimento científico, no empreendimento Modernidade, passou a ser imposto como única episteme válida, inobstante as pluralidades epistêmicas. A única forma validável de produção de verdades sobre a condição humana e o controle da natureza (WALSH, CATHERINE E.; SCHIWY; CASTRO-GÓMEZ, 2002, p. 11). As demais epistemes são consideradas pré-científicas. A produção de conhecimentos por comunidades não inscritas no interior da cultura moderna seria considerada a pré-história da ciência, os saberes rudimentares não lapidados pela Doxa Euro-Eua-Occidental.

No domínio Direito, a Colonialidade do Saber manifesta-se claramente nos centros majoritários de produção de teorias e construção de entendimentos das cortes e a negação de juridicidade de *modus* de conhecer que não inscritos no modelo tradicional do Direito.

Apesar do domínio do não-direito-oficial possuir princípios organizadores além do binário legalidade-ilegalidade e que são normatizáveis como condutores e organizadores da convivência, o binário jurídico legal/ilegal ainda figura como Doxa universal de manifestação oficial do jurídico.

A racionalidade jurídica se manifesta na pena de alguns poucos doutrinadores e espaços de teorização/compreensão das manifestações jurídicas, no sentido criticado por Ramon Grosfoguel (2016, p.26-27) quando expõe os cânones das Ciências Sociais e denuncia as bases epistêmicas do mundo que se alicerçam em cânones dos homens de apenas cinco países.

- a. Como é possível que o cânone do pensamento em todas as disciplinas das Ciências Sociais e Humanidades nas universidades ocidentalizadas se baseie no conhecimento produzido por uns poucos homens de cinco países da Europa Ocidental (Itália, França, Inglaterra, Alemanha e Estados Unidos)?
- b. Como foi possível que os homens desses cinco países alcançassem tal privilégio epistêmico a ponto de que hoje em dia se considere o seu conhecimento superior ao do resto do mundo?
- c. Como conseguiram monopolizar a autoridade do conhecimento do mundo?
- d. Por que o que hoje conhecemos como teoria social, histórica, filosófica, econômica ou crítica se baseia na experiência sócio-histórica e na visão de mundo de homens destes cinco países?
- e. Como é que no século XXI, com tanta diversidade epistêmica existente no mundo, estamos ancorados em estruturas epistêmicas tão provincianas camufladas de universais?
- f. Quando se ingressa em qualquer departamento de Ciências Sociais ou Humanidades, o cânone do pensamento a ser ensinado é fundamentalmente encontrado numa teoria produzida por homens dos cinco países da Europa Ocidental citados anteriormente.

Edgardo Lander (2005) afirma, então, a necessidade de desuniversalização das formas de saber coloniais como condição operativa de transformação democrática radical em nossa sociedade latino-americana.

Aníbal Quijano (2000) afirma que foi formado um modo de conhecer que se prestou às necessidades cognitivas do capitalismo: medição, quantificação, controle dos elementos naturais e respectiva exploração como ativo de produção. Denominado de Racional, foi imposto como único molde possível de produzir formas de conhecer, única racionalidade legítima e bastião da Modernidade.

Vale notar, como salienta Quijano (2000), que esse *modus* eurocentrado não é uma perspectiva cognitiva exclusiva do europeu, também se verifica entre o conjunto daqueles que foram formados sob a batuta dos cânones da pedagogia colonial. Desta forma, é digno de nota a tradição jurídica brasileira. A elite colonial e intelectual na América Latina se conformou sob os preceitos modernos.

O espectro pedagógico deste padrão de poder é naturalizado como universal. Ignora-se que os processos de ensino-aprendizagem e a relação entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível são estabelecidos sob um discurso ou narrativa provincial, local, paroquial e apostado como o único modal disponível pela humanidade para produzir e intercambiar conhecimentos ou saberes.

Estar fora deste padrão epistemológico é estar abaixo da linha da barbárie ou inumanidades. É ser igualado à condição de animalidade (em sentido demeritório, exploratório e excludente). Não se pode produzir conhecimento, possuir racionalidade, metódica.

3.3. Colonialidade do Ser e a construção jurídica de sujeito/pessoa

O filósofo porto-riquenho Nelson Maldonado-Torres esboçou a categoria de análise *Colonialidade do Ser* para referir-se à negação do outro, à negativa de humanidade do outro colonizado. Haveria uma diferenciação ontológica intra-humanidade, uma forma de estar no mundo que destaca e marca a ferro certos corpos para reputá-los à condição social e jurídica de não-ser.

A Colonialidade do Ser se manifesta através do ocultamento do outro, da negação de alteridade, da desimportância dos sujeitos subalternizados e da inferiorização radical que promove “não-existências” humanas.

Povos e comunidades não pertencentes ao mundo ocidentalizante são reputados como bárbaros, incivilizados. Consiste na imposição de uma subjetividade padrão e do conceito cristão-europeu de sujeito, apagando as demais subjetividades existentes na fábrica social. Daí as noções de assimilação e passabilidade são reflexos diretos da imposição de acoplamento dos sujeitos a esse molde civilizatório. É forjada uma concepção de humanidade segundo a qual a população do mundo diferiria em inferior e superior, irracional e racional, primitiva e civilizada, tradicional e moderna (QUIJANO, 2000, p.344, tradução nossa).

Ao sujeito moderno, essa instituição enunciadora e experienciadora do *Ego cogito*, cria-se um horizonte único e homogeneizador de existência. Através dessa lógica há um manejo das variáveis biológicas e adestramento das corporeidades para criar condições de existências em que os sujeitos se reconheçam enquanto tais a partir de um sentido de Ser universal.

A Colonialidade do Ser opera efeitos em sentido duplo, negação do Ser e produção do Ser. Molda-se um padrão de sujeito apriorístico, estável, permanente e universal fundado na divisão sexual e racial. Imputa-se uma identidade racial, colonial, derogatória, inumanizadora no sentido quijariano. De acordo com Preciado (2014), o humanismo criou um corpo para chamar de humano: um corpo soberano, branco, heterossexual, saudável, seminal.

Certos corpos são submetidos à exclusão da História e tem suas memórias submetidas ao processo de esquecimento. Os sujeitos não-ocidentais foram e ainda são representados como sem *Fé, Lei* ou *Rei*, o que os coloca em condição de diferença, aposta ao corpo como condição de ausência, de falta: um sujeito menor. Essa condição de ausência tem um papel fundamental para legitimar a narrativa de não-identidade. Trata-se de uma caracterização etnocêntrica baseada nos fundamentos internos do discurso moderno. As imagens dos corpos não identificados nos parâmetros eurocentrados são reputadas como negativas, corporeidades animalizadas e inferiorizadas ao ponto epistêmico da não existência.

A polarização da discussão sobre a condição jurídica dos indígenas encampadas à época pelas figuras de Sepúlveda e Bartolomeu de Las Casas demonstra como a

inscrição ou não de certos corpos no estatuto moderno de Sujeito foi funcionalizável ao empreendimento Colonial e o desenvolvimento do capitalismo.

Sepúlveda concebeu que o colonizado deve ser dizimado e sacrificado por seus próprios males, por ser inumano e representar o mal, tem de ser extirpado. Em oposição, Las Casas professou crítica ao método de *Encomienda* (submissão dos indígenas a ordem religiosa através da escravidão para salvação de suas almas), pois reconheceu a importância da catequização, de submissão aos ideais europeus e cristãos sem a violência que segundo ele iria extirpar a possibilidade de humano dos indígenas (ROMAGUERA, TEIXEIRA & BRAGATO, 2014, p. 19).

A discussão sobre o estatuto do indígena, após a invasão das Américas, também é uma discussão ética e jurídica que evidencia a racialização categorial da espécie humana e projeta no imaginário jurídico uma representação do índio como silvícola incivilizado, paciente moral e relativamente incapaz, que reverbera contemporaneamente.

Com não produtores de História, processos ditos civilizatórios e racionalidades validáveis, tornam-se esquecíveis a ponto radical de apagamento de suas manifestações materiais, relações, tessituras nas tramas do social, marcas das existências e resistências, no sentido proposto por Silva & Lage (2017, p.8) quando expõem as *Histórias negadas e memórias esquecidas das heroínas de Tejucupapo*:

A ausência dos registros de suas lutas, suas conquistas, enfim, seus feitos, em nome de uma matriz que historicamente possibilitou apenas aos homens, brancos, heterossexuais e nobres lugar privilegiado, não só na história, como e principalmente na narrativa do historiador, onde o lugar de herói, de patriota, se firma no gênero masculino.

Ainda no contexto da compreensão, acima demonstrada, sobre a relação entre ser mulher e colonialidade, Francesca Gargallo (2007, p.8) evidencia a violência incutida na invasão das Américas que redundou na negação e reconhecimento das identidades plurais das mulheres nativas em favor da imposição de um modelo ocidental, impositivo e universal, de Ser Mulher. “Quantas condições de ser mulher existiram antes da invasão e do massacre europeu? E quantas condições foram deixadas para as mulheres após sua incorporação forçada e submissão ao mundo ocidental?”

A Matriz de Poder Colonial define, impõe e restringe o destino de diversos corpos, através do discurso da patologização do Ser. Há um dispositivo de controle que afirma como normais e aceitáveis certas identidades sociais em desfavor das identidades marginais. Promove-se, assim, uma leitura normativa da dualidade do sexo.

Há corpos normais, são, ideais, padrões. O que resta forma o modelo colonizador do Ser que é definido como vivência fora da cisgeneridade e, por conseguinte, como transtornada, doente e inferior. A normatização das corporalidades e imposição jurídica da normalização sistêmica, ou como Viviane Vergueiro (2016) afirma *ciscolonialidades*, produz repercussões atuais ao modelo de normalização dos corpos.

Os chamados Transtornos de Identidade Sexual, no Cadastro Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde, referendam essas sistemáticas de desqualificação identitárias não conformadas pela matriz moderno-colonial de subjetivação e que reivindica a cisgeneridade como ideal corporal e de identidade de gênero. O ideal moderno de Sujeito pulveriza as condições de possibilidade para existências materialmente dignas e juridicamente protegidas de pessoas trans, travestis e gênero-inconformes.

O ser humano é uma relação e, nesse sentido, se constrói e se autoconcebe relacionalmente. Firma basicamente que somos em relação com outros humanos. Amplio essa noção para afirmar que o ser humano também se parametriza pelas relações que estabelecem além dos pórticos da humanidade. Em outras palavras, a autocompreensão humana é mediada pelas relações estabelecidas com a animalidade e demais entidades não humanas.

Desta forma, se partimos da lógica de que certos fragmentos da humanidade e demais entidades naturais são colocados em uma relação de controle, onde o seu fluxo distributivo é essencialmente assimétrico, temos uma noção fragmentada e hierarquizada da humanidade, e, em consequência, uma inferiorização radical de segmentos postos abaixo da linha existencial humana ocidental, da animalidade e demais seres vivos.

O Direito normatiza e normaliza algumas dessas relações e, nesse sentido, também serve de mediador de construções e imposições identitárias relacionalmente construídas, posto como um marco referencial correto, eticamente adequado e referendado pela legalidade estrita. A construção moderna da noção de Sujeito de

Direito é lastreada pela noção de singularização e universalização do Ser Imperial Europeu.

3.4. Colonialidade da natureza e divisão internacional da natureza

Ainda, a colonialidade se manifesta sobre a natureza, mais especificamente nas relações que a humanidade encampa, não só sob o ponto de vista da dominação com as práticas extrativistas, mas sobretudo com a Divisão Internacional da Natureza (LANDER, 2014), que nega “os modelos da natureza baseados no lugar, assim como as práticas e racionalidades culturais, ecológicas e econômicas que as acompanham” (ESCOBAR, 2005, p.69).

Estabelece-se uma divisão binária entre Natureza-Sociedade que proporciona, inclusive, o destacamento do humano da primeira e conseqüente processo de dominação e exploração alicerçado pela narrativa salvacionista, heroica e civilizatória da racionalidade Moderna.

O imperativo técnico-científico segundo o qual tudo que é cientificamente ou tecnicamente possível deve ser feito, implica uma noção colonial de controle e extração de recursos naturais em favor da sociedade de hiperconsumo. O próprio tratamento do ambiente como sinonímia de recurso oferta um alicerce à narrativa do Sujeito Imperial que controla, maneja e transforma a natureza, da urbe que se distancia do espaço material natural. O mito civilizatório também se metamorfoseia para transformar natureza bruta em matéria refinada e consumida pela humanidade.

Ressaltamos, novamente, que há um enovelamento dinâmico desses quatro eixos da Matriz Colonial que se manifestam de forma estruturante da colonialidade. O auto justificado Sujeito Imperial adjudica o direito de produzir uma racionalidade de exploração, uma ecopolítica de uso desenfreado dos elementos conformadores do ambiente.

A Divisão Internacional da Natureza (LANDER, 2014, p.2) impôs aos continentes latino-americanos, africano e asiático o papel de fornecedores de matéria-prima básica para o desenvolvimento da Modernidade eurocentrada. Ao falar de matéria-

prima básica, inserimos os seres humanos e não humanos reificados e postos em condição de escravatura e outras formas de exploração do trabalho.

Fernando Coronil (2000) evidencia o papel desempenhado pela natureza na produção de riqueza no Sistema-Mundo. A divisão internacional do trabalho poderia ser vista de forma entrelaçada com uma divisão internacional de Nações e da Natureza. Intenta-se moldar uma forma de olhar e analisar o desenvolvimento levando em conta todos os agentes imbricados nas relações capitalistas.

Essa mudança de perspectiva permite apreciar mais detidamente o papel da natureza (neo)colonial no trabalho de formação transcultural de modernidades metropolitanas e subalternas. Nesse sentido, Mignolo (2014) afirma que o discurso constitutivo da Modernidade separava o Ser humano da Natureza e a Cultura da Natureza, fazendo-nos esquecer que somos elementos constitutivos da natureza. Portanto, a tendência hoje seria naturalizar em vez de modernizar.

De acordo com Grosfoguel, o dualismo cartesiano entre humanos e natureza é a cosmovisão ocidentocêntrica da modernidade constitutiva das tecnologias do capitalismo histórico, que tem sido destrutora da vida em escala planetária (2016a).

Se o capitalismo histórico é destrutivo da vida, não é somente por um afã de acumulação do capital e uma lógica da ganância, mas também pela própria cosmovisão dualista que concebe o que classifica como “natureza” como formas de vida inferiores, coisificada como “objeto”, que pode ser destruída sem consequência para a vida. (GROSFOGUEL, 2018, p.62)

Há um papel da natureza para o projeto civilizatório da Modernidade, por um lado, como reserva de recurso ou matéria-prima à disposição do capitalismo e, por outro, cumpre a função de exterior constitutivo do marco civilizatório que é o espaço-tempo euro-americano.

Do ponto de vista jurídico, a Colonialidade da Natureza referenda uma tipologia de relações de distanciamento e de representação do ambiente como espaço passivo, estável e não atuante na coconstituição da realidade social. O ambiente é um palco das interações humanas e mediações do social. O ambiente não é produtor de sentido, é um bloco homogêneo de elementos integralmente funcionalizáveis.

Como consequência, os marcos regulatórios de proteção ambiental estão assentados no interesse humano de gerir a natureza como recurso sustentável à própria ótica produtivista humana. A natureza encontra proteção jurídica na medida

do interesse econômico-funcional. A colonialidade projeta estruturas de gestão de risco que atenuam a precaução em favor da maximização da exploração do sistema biogeofísico. O dano ambiental passa a ter tratamento juridicamente relevante no pós-desastre, como consequência colateral e inevitável do empreendimento desenvolvimentista.

3.5. Decolonialidade jurídica e giro decolonial

A decolonialidade refere-se à luta contra a lógica da colonialidade e seus efeitos materiais, epistêmicos e simbólicos. A colonialidade é uma lógica que está embutida na Modernidade, e decolonialidade é uma rota que busca alcançar não uma diferente Modernidade, mas algo além da Modernidade (MALDONADO-TORRES, 2018).

Enrique Dussel propõe a Transmodernidade para superar a lógica operativa da Modernidade. Compreende-a como “os aspectos que se situam além (e, cronologicamente, ‘anteriores’) das estruturas valorizadas pela cultura euro-americana moderna... e foram se movendo em direção a uma utopia pluriversal” (2016, p.63).

Segundo Edgardo Lander (2001), os processos de Decolonização requerem um duplo movimento, a crítica às bases epistemológicas hegemônicas e a proposição de alternativas, prioritariamente desde o espaço de subalternidade. Não se trata de uma mudança interior do mundo que se conhece, mas a proposição de mundos alternativos.

Por Giro Decolonial compreendemos um conjunto não-homogêneo de pensamentos, sentimentos e práticas políticas que fazem uso da categoria *colonialidade* como filtro do mundo, como lente de compreensão dos fenômenos da vida. De acordo com Lima e Kosop (2019, p.8), o giro decolonial implicaria, no contexto jurídico, pensar a partir das particularidades dos saberes locais que proponham uma disruptividade com as heranças coloniais, “significa localizar os pontos iniciais do conhecimento latino-americano que abram espaços para questionamentos epistemológicos”.

É um espaço de enunciação, de crítica ao modal hegemônico universal de compreensão e atuação *do* e *no* mundo, de recusa à lógica *mono* e *uni* que se instaura no Sistema-Mundo. É um manancial teórico-prático que possui tensões e contradições em suas formulações, como toda chave analítica de compreensão da realidade social, mas que centraliza e problematiza as distintas manifestações da colonialidade: o elemento aglutinador dessa rede de sentipensamentos e sentipensadores.

FIGURA 3 – Analítica da Decolonialidade: algumas dimensões básicas



Fonte: MALDONADO-TORRES, 2018

O poder e as diferenciações sociais estacadas pela narrativa da Modernidade se valem, fundamentalmente, da ordem jurídica para sua legitimação e a nutrem a partir da legitimação conferida pelo instrumental jurídico-institucional. Vale ressaltar que a compreensão da instrumentalidade do Direito para a realização do projeto civilizatório Moderno passa ao largo das discussões de alguns autores decoloniais. Acreditamos que a ligação do Direito com a colonialidade como corolário da Modernidade é um fenômeno estrutural para referendar os marcadores sociais das diferenças como princípios organizativos do Estado.

A instrumentalidade do Estado (criado pelo Direito) e do Direito (autocriado) serve a um projeto civilizatório. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) corporifica uma linha de diferenciação baseada em um referente da Colonialidade do Poder ao afirmar em seu Art. 16.º que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

As linhas ontológicas de diferenciação também são moldadas pelo Direito. Quem tem Constituição é qualificável como Estado Moderno. Quem é Democrático é Estado Moderno. Quem tem tripartição dos poderes é Estado Moderno. Quem altera sua constituição de uma forma mais dificultosa é Estado Moderno. Quem é moderno goza do estatuto de distinguibilidade atribuído aos fruidores de direitos humanos. Aquele agrupamento não inscrito neste modal são os *condenados da terra* (FANON, 2006).

A lógica de autorreplicação do sistema jurídico emana da Colonialidade do Saber e do Poder. O Direito, nesse sentido, é solipsista, se autodefine e apenas se abre aos demais sistemas na medida de suas conveniências, traduzindo o ambiente diante das suas metáforas binárias.

A colonialidade manifesta-se no âmbito jurídico de forma marcante na Jurisdição Constitucional. Os ministros recorrem com frequência ao artifício retórico de categorização hierárquica das ordens jurídicas para legitimar e fundamentar seus votos. Aludem, com constância, ao Direito das nações civilizadas e cultas. Não faltam referências a legislações, cartas constitucionais, jurisprudências e teorias doutrinárias de outros países, talvez ainda sob o influxo da cultura jurídica historicamente estabelecida no Estado brasileiro.

Algumas características do jurídico se impõem como narrativas incontornáveis do eixo civilizacional Euro-americano: a Constituição singularizada, evidenciadora de uma racionalidade jurídico-política única; o Estado como manancial monológico do jurídico; as rotas pré-ordenadas de fabricação e nascimento do jurídico – uma tipologia específica de fazimento de documentos instituintes e atributivos do Estado, a Constituição Moderna etc.

Diante do exposto é que reivindicamos a Decolonização como um projeto necessário ao imaginário jurídico, ao mundo jurídico, à retórica jurídica, às tensões, mediações, relações e conflitos camuflados de pacificação social com justiça.

A Decolonização do Direito implica em introduzir na discussão política universos jurídicos e políticos excluídos e classificados como inferiores, primitivos, locais,

residuais ou improdutivos. O Direito Moderno ignorou ter um lugar de enunciação e reivindicou universalidade e poder para definir o futuro global. No campo jurídico, é ao Direito do Estado ou Internacional que cabe o poder de determinar o legal e o ilegal. Legal e ilegal perante a lei são as únicas formas relevantes de existência (ARAÚJO, 2016).

O Direito Moderno, seja na forma do Estado de direito ou na concepção de direitos humanos, não deve propriamente ser excluído, mas deve ser “provincializado” e “desparoquializado” (ARAÚJO, 2016).

A Colonialidade do Direito também projeta um espectro de controle e reificação a sujeitos não humanos, nomeadamente animais, objeto de reflexão do capítulo seguinte.

Capítulo 4

Animalidade, Direito Animal e Colonialidade

Ao discorrer sobre a teoria feminista em uma perspectiva decolonial, Maria Lugones (2014) afirma que a hierarquia dicotômica entre o humano e o não humano é um marcador analítico fundamental para a Modernidade Colonial. Esse aparato cognitivo fora, inclusive, imposto sobre os colonizados nas Américas em favor do homem ocidental, para animalizar os indivíduos tidos como sem Fé, Rei e Lei.

Já Paul Preciado (2014) é contundente ao afirmar que as principais máquinas da Revolução Industrial não foram as máquinas à vapor, mas o humano escravizado, a trabalhadora do sexo e da reprodução e os animais além do humano, ou seja, as primeiras máquinas da Revolução Industrial foram máquinas vivas.

O Renascimento, o Iluminismo, o milagre da revolução industrial repousam, portanto, sobre a redução de escravos e mulheres à condição de animais e sobre a redução dos três (escravos, mulheres e animais) à condição de máquinas (re-)produtivas. Se o animal foi um dia concebido e tratado como máquina, a máquina se torna pouco a pouco um tecnoanimal vivo entre os animais tecnovivos. A máquina e o animal (migrantes, corpos farmacopornográficos, filhos da ovelha Dolly, cérebros eletrodigitais) se constituem como novos sujeitos políticos do animalismo por vir. A máquina e o animal são nossos homônimos quânticos (PRECIADO, 2014).

Em sentido semelhante, Haraway discute a demarcação dos limites da natureza humana como um processo de negociação permanente das fronteiras entre o humano e o animal, corpo e máquina, órgão e plástico (1991). Para legitimar os usos e exploração dos corpos de outros animais, inicialmente, foi necessário criar uma narrativa clara que impunha uma diferenciação intransponível entre humanidade e animalidade. Essa narrativa passou, primeiramente, pela desanimalização humana, ou seja, sua retirada da condição animal.

O humano passou a ser afirmado no mundo próprio da cultura e da racionalidade, apresentadas como seus atributos exclusivos. Ato contínuo impôs-se a condição de ausência dos demais seres, uma desqualificação estatutária, em outros termos, afirmou-se uma animalização detrimetosa, algo menos que humano.

Os sistemas normativos forjados na Modernidade-Colonial propuseram ou reforçaram essa narrativa de seccionamento do humano frente aos demais seres, a despeito da importância das presenças e ausências dos animais e outras entidades nos mundos humanos, na moldagem e (re)configuração da estrutura social e da construção identitária e de subjetividade humana.

4.1. A reificação jurídica dos Animais

Toda generalização que objetiva descrever categorias analíticas corre o risco da imprecisão e, principalmente, da ocultação de vozes dissonantes, produzindo, assim, um conhecimento limitado pelos seus próprios pontos de partidas. Essa ponderação é necessária uma vez que qualquer digressão histórica para a compreensão da construção do Direito Animal, empreendida por não historiadores, pode partir de uma lógica superficial da realidade.

Desta forma, evitaremos visões ou categorizações generalizantes como se existisse uma única linearidade histórica homogeneizada em civilizações como a grega ou romana. Reconhecemos o pluriverso epistêmico e material dessas sociedades, assim como as disputas internas por afirmação de hegemonia. O Direito Romano, por exemplo, figura como uma ampla rotulagem de uma realidade jurídica complexa de cerca de doze séculos. Assim, apresentaremos alguns retalhos de realidade jurídica desses povos, sem pretensões de expressar uma realidade totalizadora e um estatuto único apriorístico das categorias aqui apresentadas.

No contexto da inserção categorial dos animais no Direito, existem múltiplas manifestações relativas às relações multiespécies nessas sociedades. Algumas silenciadas historicamente e outras que restaram hegemônicas e com ressonância atual aos sistemas de vida e modos de ser do capitalismo vigente.

Esse dispositivo cognitivo-político também opera no sentido de expurgar dos campos de compreensões as conexões, trocas, fluxos e contrafluxos de realidades societárias outras que mediam as percepções hegemônicas do que é o Direito, o Humano e o Animal. Grécia e Roma impõem-se como marcos civilizatórios iniciais,

como se não houvesse um *antes*, e como se não houvesse um *durante*, mediações com outras culturas locais.

Desta forma, a opção metodológica pelo recorte “Direito Romano” é justificada diante da marcada influência na tradição civilista europeia. Com isso, não estamos referendando a Colonialidade do Saber, senão explicitando o modal colonial expresso nessa tradição que nos foi imposta acriticamente por uma elite interna e externa.

A ida ao reservatório de aparatos ideológicos da Modernidade eurocentrada justifica-se na medida da necessidade de compreensão dos modais prévios a que estamos sujeitos enquanto sociedade global. Interessamo-nos pelos modos de produção de sentido social e cultivos normativos que lançaram impacto hegemônico e recursividade histórica para além das ambiências dessas civilizações. É justamente nesse contexto que a atual caracterização jurídica dos animais não humanos é tributária da tradição romanística, faz parte da construção do estado da arte do direito animal vigente e do discurso que se impõe.

A tradição civilista é tributária do legado do Direito Romano e seus comentadores, assim como da codificação napoleônica. Via de regra, as normativas romanas que regularam as relações humanidade-animalidade foram lastreadas pela motivação econômica, atribuindo definições, proteção e regulações aos direitos de propriedade e as compensações econômicas em função do desrespeito a esses direitos (KELCH, 2012, p. 33).

A consideração dos animais como regidos pelo regime jurídico dos bens remonta a própria afirmação de Ulpiano no *Corpus Iuris Civilis* sobre o sentido último do Direito: a regulação do Humano pelo Humano e para o Humano. Afinal de contas, se onde há o humano há sociedade e onde há sociedade há Direito, logo, intuimos que onde há o humano há o Direito.¹¹

O que margeia os sentidos mediados pelo *antropo* não possuiria interesse juridicamente relevante a ser tutelado. Ao contrário, estaria submetido ao processo de reificação para suprir as demandas humanas, ou seja, onde há o não humano não haveria Direito ou, pelo menos, a não titularização de direitos por esses não-sujeitos de direitos. No máximo há recurso, instrumento a ser manejado e consumido juridicamente.

¹¹ *Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus; ergo, ubi homo, ibi jus.*

O interesse jurídico, nesse sentido, seria o interesse humano. Assim, a inserção dos animais no âmbito do Direito se daria na medida do interesse jurídico humano de regular os usos dos animais para fins humanos. É uma criação da técnica jurídica romana que, por sua vez, integra as duas forças principais que trabalham em uma sociedade eminentemente agrícola: escravos e animais, duas peças fundamentais ao ativo patrimonial do cidadão romano (GIMÉNEZ-CANDELA, 2017, p.299).

De acordo com Manorco e Souza (1910, p.41),

com os progressos da agricultura, constituem-se duas categorias de escravos: os domésticos, que participam da vida *commum* da família dos senhores; os *ruraes*, que passam a maior parte do tempo longe dos senhores, empregados nos campos e na guarda dos rebanhos. A condição destes últimos era mais precária, visto serem assimilados aos animais domésticos, que ainda não se utilizavam como forças mecânicas, sendo todos os trabalhos executados pelas mulheres e pelos escravos, que encontramos frequentemente atrelados á charrua.

As normativas romanas giravam em torno do valor econômico-funcional atribuível principalmente ao gado – uma vez que inicialmente fora utilizado como moeda de troca (MANORCO E SOUZA, 1910) –, no sentido de resguardar a propriedade e a força de trabalho encarnada nos corpos desses sujeitos, além de contemplar a responsabilização pelos danos causados pelos animais a terceiros.

No Direito Romano a *Res* era compreendida em sentido amplo como tudo aquilo que pudesse conferir utilidade ao ser humano, desta forma, sendo objeto do Direito. Desde as XII Tábuas, a propriedade romana se apresentava sob a forma individual, tanto para os móveis como para os imóveis (MANORCO E SOUZA, 1910, p. 408).

A *Res Mancipi* ligava-se às coisas que estavam sob o domínio da família, ou seja, a *Res* era compreendida como essencial à manutenção das bases materiais e econômicas de sustentação da Família romana. Desta forma, compreendia-se como *res Mancipi* “os prédios, casas no terrenos, existentes no solo itálico, as servidões rurais estabelecidas em benefício destes prédios, os escravos e os animais de carga e de tração, fossem ou não empregados nestas funções” (MANORCO E SOUZA, 1910).

Os demais bens patrimoniais eram considerados *Nec Mancipi*. Os juristas clássicos consideram-nos como coisas compreendidas sob a denominação de pecúnia, não sendo indispensáveis às necessidades da família. Vale notar que

abrangia primitivamente o gado, empregado nas transações a título de valor intermediário. A significação desta expressão foi depois ampliada, de modo a compreender os frutos e as colheitas, bem como a moeda, que substituiu o gado como instrumento de troca.

Neste contexto, duas seriam as classes de animais, a depender do interesse econômico que se tinha sobre eles. Os animais domésticos, de tração e carga eram classificados como *res mancipi*, ou seja, coisa passível de apropriação para fins econômicos e socioculturais. Já os animais silvestres eram classificados como *res nec mancipi*, que significa coisa não passível de apropriação.

As disposições da tradição romana e posteriormente do código napoleônico como afirmação e exaltação da autoimagem do Direito Moderno tem um papel fundamental no reconhecimento dos animais como inscritos na esfera instrumental-econômica da futura ordem capitalista. Essa lógica figura como caldo cultural intraeuropeu viabilizador da concepção jurídica do sujeito imperial e dos demais animais como coisas funcionalizáveis.

A tradição burguesa/liberal enraizada na construção dos Direitos Fundamentais/Humanos nutre os sistemas jurídicos hegemônicos ocidentais que, por sua vez, referendam e retroalimentam o projeto de civilização Moderna. Há uma demarcada preponderância pela afirmação e proteção do valor patrimonialista encarnado nas coisas e sujeitos. A Modernidade é também projeto jurídico e não só civilizacional (SANTOS, ARAÚJO & BAUMGARTEN, 2016).

Por consequência, o que hoje é compreendido como Direitos Fundamentais parte de uma intenção de universalizar certos valores jurídico-políticos como imanentes, e não contingentes, encobrando o fato de serem referenciais do modelo de sociedade liberal. As mediações, tensões e disputas para afirmação de direitos nos últimos séculos geralmente tiveram como sujeito enunciador e receptor o Sujeito Humano Imperial específico.

Nesse sentido, as ideias de Dignidade da Pessoa Humana, Rol de Direitos Humanos, Separação de Poderes, Democracia e República foram impostas como universais. Representação do afirmado consta no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Burguesa em França que, expressamente, afirma que toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determina a separação dos poderes, não tem Constituição.

Vale salientar que, atualmente, diante de questões transconstitucionais relativas aos animais não humanos, cabe o questionamento sobre quais são as condições de possibilidade de diálogo não colonizante entre os sistemas constitucionais distintos. Como as ordens jurídicas nacionais irão tratar de forma não hegemônica questões relativas ao Direito Animal, tais como tráfico internacional de animais e titularização de direito por grandes primatas?

Estabelece-se aprioristicamente um mandamento universalizante, globalizante que homogeneiza as realidades políticas. Parte de um truísmo simplista e não verificável na dialética da realidade social. Criou-se, assim, distopias constitucionais latino-americanas que agudizaram as tensões sociais e incrementaram os níveis de miserabilidade em prol do enriquecimento de uma elite colonial parasitária.

Do ponto de vista das existências além das humanas é estabelecida a demarcação de um projeto civilizador e jurídico com base na ideia de espécie e raça para afirmar a singularização humana e uma tipologia dominante de humanidade branqueada. Nesse sentido, é cunhada a ideia de direito voltada apenas a animais humanos, sendo o ser humano o único apto a ter interesses juridicamente relevantes a serem tuteláveis pela Ordem do Direito. Aos demais seres restaria a incapacidade jurídica de ter direitos e exercê-los.

A inserção dos animais não humanos no quadro de proteção do Direito – ou ao menos suas tentativas no plano teórico e prático –, sob um prisma não-antropocêntrico e não-reificante, passou por um movimento de questionamentos nos países do Norte global a partir de um aporte liberal, marcado pela filosofia política utilitarista.

4.2. Desreificação da animalidade e o direito animal hegemônico

Compreender o processo no qual foi discutido a questão do *status* e posicionalidade dos animais não humanos nas sociedades ocidentais é o primeiro passo para desvelar os entrelaçamentos e encontros multiespecíficos, as rotas ontológicas de predicação do outro não humano e compreender como esses discursos são manifestações da colonialidade.

Peter Singer (2010) – que no debate nortista sobre a Ética e Filosofia Política tem figurado como teórico inaugurador da institucionalização e popularização da *questão animal* com o seu livro *Libertação Animal*, de 1975 – afirma que as atitudes e relações ocidentais para com os animais têm raízes em duas grandes tradições: Antiguidade Grega e Judaico-Cristã.

Primeiramente, há de se ter em mente que a religiosidade é parte integrante dos modos de vida. A religião enquanto subsistema social constrói e modela os hábitos sociais através dos instrumentos de fé. Os livros sagrados estabelecem protótipos de moralidade situados historicamente, que servem de baliza para o presente e para o futuro. Desta forma, as religiões e seus discursos possuem capacidade até mesmo de modelar o pensamento secularizado (laico).

A título exemplificativo, pode-se afirmar que as discussões acerca da alma e sua correlação com o divino influenciaram instituições, conceitos e modos de vida. Assim, historicamente “negar que os animais possuem alma, como já se afirmou para mulheres, negros, índios, é pressuposto ou estratégia de dominação” (OLIVEIRA, 2011, p.166).

Desta feita, ao incluir a discussão da religiosidade no âmbito da Teoria dos Direitos dos Animais não se trata de buscar na religiosidade o substrato de fundamentação do Direito, mas os pontos de influência e tensão deste subsistema social com aquele outro. Nesse sentido, há uma relativa despreocupação com a Verdade em termos divinos e uma preocupação com as representações sociais, como tais modelos discursivos repercutem nas imagens e ações sociais. Assim, os livros espirituais podem ser lidos como documentos históricos e não propriamente como livros sagrados.

Em que pese o reducionismo das tradições Antiguidade Grega e Judaico-Cristã a duas realidades histórico-simbólicas homogeneizantes, o objetivo de Singer (2010) é destacar estas tradições como elementos conformadores de um *modus* ou razão Ocidental que forja a linhagem de pensamento etnoeurocêntrica. Expõem-na como as principais formas ideológicas que tramam a maneira de pensar os animais da maior parte das sociedades ocidentalizadas.

Porém, antes de adentrar nas disposições dessas tradições, cabe esboçar a crítica decolonial referente à naturalização de uma realidade anistórica, como se essas comunidades fossem um *a priori* universal do processo civilizacional, como se

não tivessem um antes histórico que as mediou e influenciou, tampouco um sistema, fluxos e trocas entre e com outras sociedades em seus respectivos espaços-tempos.

Aqui já afiançamos algumas críticas ao modelo hegemônico de compreensão das relações *humanos-demais animais* e de construção de um projeto de Direito Animal universalizante. Nesse sentido, Carvalho (2018, p.85) afirma que

Aceitamos como verdadeira e definitiva, mas também reproduzimos para nossa juventude a narrativa, historicamente falsa, da criação de uma civilização grega autônoma, sem influencia islâmica, seguida de um Renascimento puramente europeu que conduziu à civilização ocidental moderna, autocelebrada como o ponto mais alto jamais alcançado pelas ciências, artes e as humanidades em nenhum outro lugar do mundo e em nenhum outro momento da história.

Essa talvez seja a primeira das críticas cabidas ao projeto de Direito e Ética Animal hegemonicamente vigente. Tratam a histórica de forma anistórica, em uma linha unidirecional e incontornável rumo à depuração civilizacional encampada nesses saltos epistêmicos abstratos: da Civilização Grega à Tradição Judaico-Cristã, às Iluminuras Eurocentradas, às Revoluções de Branquitude Burguesa, ao modelo de Estado Democrático de Direito contemporâneo.

De todo modo, aqui expomos a narrativa oficial desses modelos epistêmicos hegemônicos de tratamento do Direito Animal que costumam inaugurar as bases teóricas fundamentais do mundo com Aristóteles, como se ele fosse a epigênese do pensamento humano, como que um apanhado enciclopédico da materialidade do mundo e das reflexões e inflexões sobre esse mundo dado a conhecer. Essa justificativa se dá na medida da influência desta ordem de pensamentos que confluem para a formatação da Universidade Ocidentalizada e o Direito Animal Nortista.

O filósofo Aristóteles defendia que os animais existiam para servir os interesses dos seres humanos e que, ainda que os humanos fossem também animais (racionais), a partilha de uma natureza animal comum não seria suficiente para justificar que a ambos seja dada igual consideração (SINGER, 2010).

As plantas existem para os animais como os animais para o homem. Dos animais, os que podem ser domesticados destinam-se ao uso diário e à alimentação do homem, e dentre os selvagens, a maior parte pelo menos, senão todos, lhes fornece alimentos e outros recursos, como vestuários e uma porção de objetos de utilidade; e, pois, se a natureza nada faz em vão e sem um objetivo, é claro que ela deve ter

feito para o benefício da espécie humana (ARISTÓTELES, 2010, p.19).

Para ele, a natureza seria essencialmente uma escala hierárquica na qual as capacidades vitais iriam se complexificando na medida da passagem dos níveis e dos acréscimos qualitativos que diferenciam a natureza das plantas, animais e humanos. Em um primeiro estrato estariam os seres vivos dotados da faculdade de nutrição. Seguidamente, os seres que possuem sensação e, por fim, no ápice da escala estaria o ser humano, único ser natural apto a produzir raciocínio e pensamento. A humanidade em Aristóteles é logocêntrica (ZANUZZI, 2016).

De acordo com Aristóteles (1997, p.3),

o homem é um animal cívico, mais social do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos. A natureza, que nada faz em vão, concedeu apenas a ele o dom da palavra, que não devemos confundir com os sons da voz. Estes são apenas a expressão de sensações agradáveis ou desagradáveis, de que os outros animais são, como nós, capazes. A natureza deu-lhes um órgão limitado a este único efeito; nós, porém, temos a mais, senão o conhecimento desenvolvido, pelo menos o sentimento obscuro do bem e do mal, do útil e do nocivo, do justo e do injusto, objetos para a manifestação dos quais nos foi principalmente dado o órgão da fala. Este comércio da palavra é o laço de toda sociedade doméstica e civil.

Para Aristóteles, maltratar animais não faria sentido por serem propriedade do humano e isso implicaria diretamente em dano ao bem/coisa de alguém e não em virtude de eles sofrerem ou serem capazes de experienciar o mundo e sensações negativas. Suprimir a violência contra os animais, segundo a ética aristotélica, resume-se a ideia de deveres morais indiretos, ou seja, existe um dever moral para com o proprietário do animal, visto que este tem o interesse de ter a sua propriedade preservada. Contudo, não há um dever moral direto para com os animais (FELIPE, 2009).

No que se refere à tradição Judaico-Cristã e à concepção das escrituras da Bíblia como documento evidenciador de uma temporalidade geo-histórica, há um parâmetro em certa medida legitimador de um sistema de classificação social entre espécies que adjudica aos animais a condições de seres passíveis do domínio humano.

Uma possível chave analítica para compreender as multireferenciadas passagens bíblicas que conferem à humanidade a condição de ser dominador refere-

se a uma permissiva, segundo Francione (2010), para ignorar os interesses dos animais em não sofrer.

Essa permissão estaria exposta no texto bíblico e referendado por um corpo teórico majoritário da doutrina cristã, em passagens com o da criação em Gênesis, quando a entidade metafísica cria os animais não humanos e o humano com capacidade de dominá-los.¹²

Outro relato do antigo testamento que evidenciaria essa estratificação entre espécies refere-se à passagem da expulsão do paraíso, cujos seres que deram causa ao imbróglio com o Divino foram respectiva e conjuntamente Eva e a Serpente.¹³ Outras passagens no mesmo sentido são as de Abraão, que sacrificava animais do seu rebanho em honra do Senhor¹⁴, e a do Dilúvio, na qual a criação de Deus foi quase eliminada para punir a maldade do homem¹⁵ (SINGER, 2010). Essas passagens referendariam o que Oliveira (2011) veio a alcunhar de Especismo Religioso.

Há outras passagens do Antigo Testamento que apontam para a existência de uma possível compaixão em relação aos animais, de forma a ser possível defender que a crueldade gratuita é proibida, sendo os seres humanos os responsáveis perante Deus pelo cuidado e bem-estar daqueles cujo domínio nos foi atribuído (SINGER, 2010).

Nesse sentido, há uma linhagem de pensamento teológico cristão que reivindica a consideração dos animais não como *dominium*, mas como seres importantes para o ente metafísico enquanto suas criações e, por via de consequência, importante à criação forjada a sua imagem e semelhança.

Andrew Linzey (2016), por exemplo, critica a tradição tipicamente antropocêntrica do cristianismo e cria uma Teologia Animal que leva em conta a

12 “E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra.” (BÍBLIA, Gênesis, 1,26)

13 “Então a serpente disse à mulher: Certamente não morrereis. Porque Deus sabe que no dia em que dele comerdes se abrirão os vossos olhos, e sereis como Deus, sabendo o bem e o mal. E viu a mulher que aquela árvore era boa para se comer, e agradável aos olhos, e árvore desejável para dar entendimento; tomou do seu fruto, e comeu, e deu também a seu marido, e ele comeu com ela. (BÍBLIA, Gênesis, 3,4-6)”.

14 “Então levantou Abraão os seus olhos e olhou; e eis um carneiro detrás dele, travado pelos seus chifres, num mato; e foi Abraão, e tomou o carneiro, e ofereceu-o em holocausto, em lugar de seu filho.” (BÍBLIA, Gênesis, 22,13)

15 “E disse o Senhor: Destruirei o homem que criei de sobre a face da terra, desde o homem até ao animal, até ao réptil, e até à ave dos céus; porque me arrependo de os haver feito.” (BÍBLIA, Gênesis, 6,7)

importância não instrumental dos animais não humanos. Se, para Linzey, a criação tem valor para Deus, então, ela deveria possuir valor para os seres humanos.

Todavia, o discurso cristão hegemônico projetou impactos estruturantes no tratamento destinado ao animal não-humano. As obrigações morais eram voltadas a outros humanos que deturpavam os animais como propriedade. Desta forma, os animais estariam completamente excluídos da comunidade moral, ao passo que possuíam *status* de coisa/bem/propriedade.

No sentido proposto pelos autores nortistas da Ética Animal, essas duas linhagens de pensamento cumpriram um papel fundamental para a formação do que Descola (2015) chama de Naturalismo Ocidental, um sistema ontológico que estabelece diferenciações entre humanidade e não humanos, com base nas descontinuidades dos elementos de interioridade e similitudes das características afeitas à fisicalidade. Haveria uma condição de singularidade humana que propiciaria a formulação de um sistema social classificatório das espécies, reputando o humano como ente referencial de racionalidade e demais seres como destituídos dos elementos de distinção.

Aninha-se à sistemática até então descrita o Humanismo do século XVII, marcado pela promoção da ideia do animal como “robôs sem capacidade de pensar ou sentir” (FRANCIONE, 2010, p.49) e a demarcação do Sujeito Imperial Moderno, aquele projetado como racional por excelência. A ideia cartesiana do animal como autômato ganha aqui relevância discursiva.

René Descartes diferenciou três graus de sensações, três possíveis respostas sensoriais para explicar as diferenças entre humanidade e demais animais. O primeiro referia-se aos estímulos imediatos aos órgãos corpóreos por um objeto externo. Já o segundo grau de sensação seria fruto de uma resposta mental imediata a esses estímulos. A terceira sensação indicaria uma formulação de juízo referente às respostas dos órgãos corpóreos.

A resposta mental implicaria em uma tomada de consciência da existência do estímulo, uma análise perceptiva. O juízo referente a afecção seria propriamente o pensamento puro. Essas duas ordens de sensações seriam exclusivas da espécie humana. Aos animais caberia apenas a sensação de primeira ordem.

A tese de Descartes acerca da impossibilidade de atribuição de sensações aos animais é, portanto, bastante clara: o que ele nega aos animais é o segundo e o terceiro graus de sensação, isto é, nega a consciência da sensação e o juízo que envolve a sensação, o que

implica na negação do sofrimento e da expressão deste, mas não nega o primeiro grau de sensação, que envolve apenas estímulos e movimentos corpóreos e uma possível expressão desses movimentos (ROCHA, 2004, p.354).

Os animais não humanos, nesse sentido, estariam sumariamente excluídos do *Ego Cogito*. Todo comportamento dos animais poderia ser explicado sem recorrer ao pensamento, a alma. Descartes recorria à alusão do corpo animal como uma máquina em funcionamento. Esta analogia era referendada por ambos não possuírem, segundo o filósofo, uma estrutura veicular do pensamento: a linguagem. Em oposição, possuiriam o movimento meramente natural-mecânico.

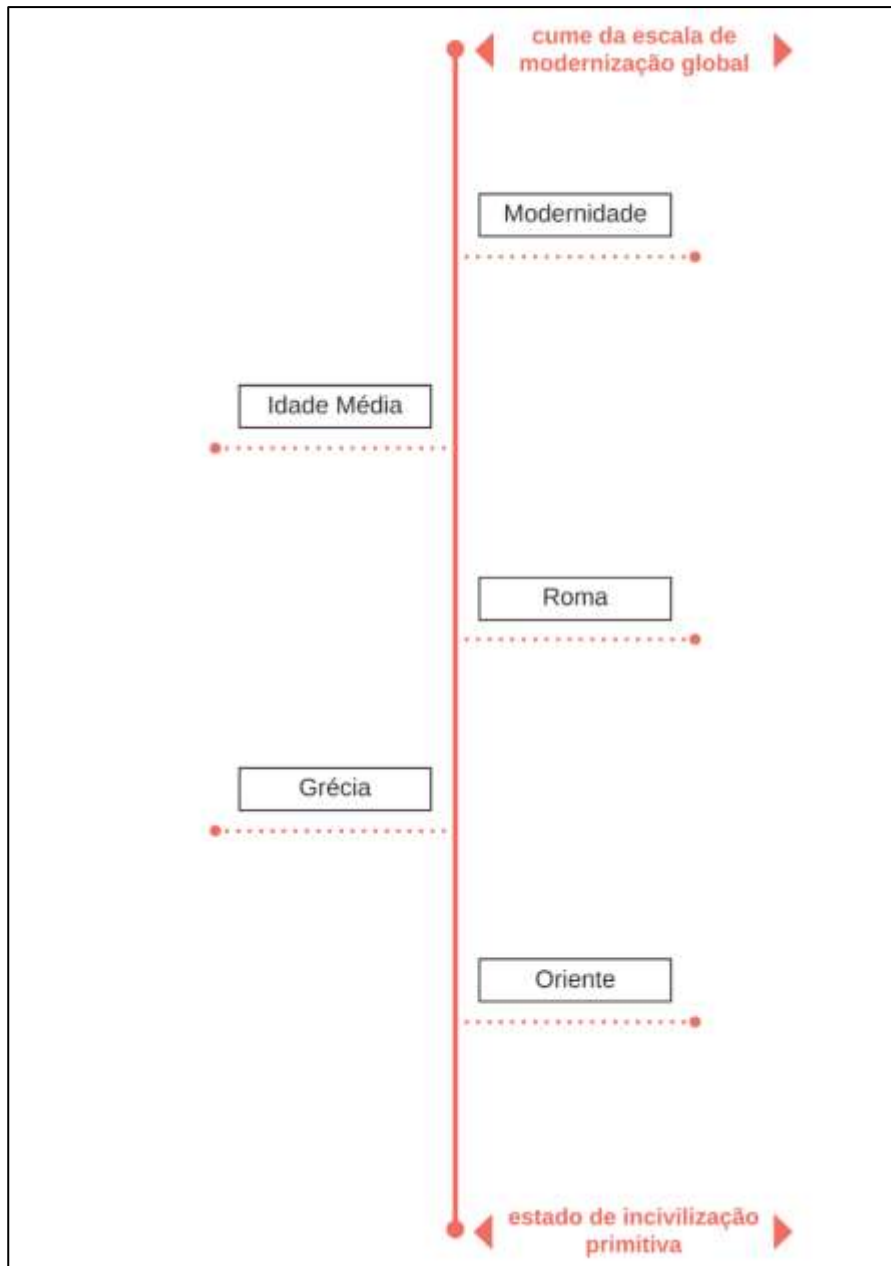
Essa marca indelével do pensamento cartesiano lançou – retroalimentada pelo sistema de classificação aristotélico e a figura cristã do humano como dominador da natureza – as bases materiais necessárias para a institucionalização jurídica, na Modernidade, dos animais como seres reificáveis, adensando a já pungente tradição romanística do animal juridicamente considerado como inscrito no regime de bens.

A comoditização dos retalhos de animais como alimento, vestimenta e demais funcionalizações encontra uma narrativa de legitimação no discurso euro-americano sob os aspectos teológicos, racionais e filosóficos, as três matrizes de referência do agir moderno-colonial ou do pensamento abissal (SANTOS, 2007). Guarda-se aqui uma relação de uma leitura específica da história e sua relação com o poder (GONZÁLEZ & GAITÁN, 2016).

Há uma artificialização da narrativa histórica em uma linearidade segundo a qual pensadores e modelos de ação são forjados a partir de um ponto zero, onde a incivilidade é o padrão e o ponto de destino é a autoproclamada visão moderna de mundo, onde a racionalidade é pedra de toque para a depuração do pensamento e ações.

Essa crítica ao modelo de narrativa empenhada serve tanto à linhagem criada pelos autores nortistas para descreverem um suposto modo exploratório hegemônico e universal de relacionamento da humanidade com os demais animais, como para a crítica ou tentativa de ruptura com essa sistemática a partir da consideração moral e jurídica dos animais.

Figura 4 – Analítica da linearidade da Histórica Mundial



Fonte: elaboração própria, 2019

Como marco intraeuropeu definidor da abertura à crítica à instrumentalização dos animais costuma-se referenciar a célebre frase do filósofo utilitarista Jeremy Bentham que reivindica a capacidade para sofrer como elemento de encontro que assemelharia o humano aos demais animais. Busca um critério de assimilação ao invés de um critério de singularização humana.

Jeremy Bentham, no final do século XVIII e início do século XIX, argumentava que, embora existissem diferenças entre os humanos e os animais, haveria uma

importante semelhança: a capacidade de sofrer. O que posteriormente foi definido por *senciência*, estabeleceu-se como critério filosófico-político para justificar a inserção de animais não humanos nas esferas de considerabilidade moral e para que os seres humanos possuam obrigações diretas para com eles.

Pode vir o dia em que o resto da criação animal adquira aqueles direitos que nunca lhes deveriam ter sido tirados, se não fosse por tirania. Os franceses já descobriram que a cor preta da pele não constitui motivo algum pelo qual um ser humano possa ser entregue, sem recuperação, ao capricho do verdugo. Pode chegar o dia em que se reconhecerá que o número de pernas, a pele aveludada, ou a extremidade do os *sacrum* constituem razões igualmente insuficientes para abandonar um ser sensível à mesma sorte. Que outro fator poderia demarcar a linha divisória que distingue os homens dos outros animais? Seria a faculdade de raciocinar, ou talvez a de falar? Todavia, um cavalo ou um cão adulto é incomparavelmente mais racional e mais social e educado que um bebê de um dia, ou de uma semana, ou mesmo de um mês. Entretanto, suponhamos que o caso fosse outro: mesmo nesta hipótese, que demonstraria com isso? O problema não consiste em saber se os animais podem raciocinar; tampouco interessa se fala ou não; o verdadeiro problema é esse: podem eles sofrer? (BENTHAM, 1979, p.63)

Essa narrativa da filosofia utilitarista de Bentham é forjada e proclamada como uma revolução no *status* do animal na comunidade moral, ao passo que a obrigação moral de não infligir sofrimento desnecessário aos animais é devida diretamente a eles, posto que seriam seres sencientes.

Como afirmamos anteriormente, a *senciência* aqui assume o papel definidor, sendo essa a característica e ser levada em consideração. Se um ser sofre, não poderia haver justificação moral para invisibilizar esse sofrimento. Assim, seria o limite da *senciência* a única fronteira defensável de preocupação relativamente aos interesses dos outros.

A capacidade de sofrer e de sentir alegria é um pré-requisito para se ter sequer interesses, uma condição que tem de ser observada antes de podermos falar de interesses de um modo significativo. A capacidade de sofrimento e alegria é, no entanto, não apenas necessária, mas também suficiente para que possamos afirmar que um ser tem interesses - a um nível mínimo absoluto, o interesse de não sofrer. (SINGER, 2010, p. 12)

Utilizada como critério dominante de definição de Direito Animal e considerabilidade moral dos animais, parte-se de um critério homogeneizante e biologizante das diferenciações e similitudes impostas aos seres, não tomando em conta as realidades espaciais, temporais e de poder, fincadas.

Publicado pela primeira vez em 1789, a obra de Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* é contemporânea das revoluções burguesas europeias, assim como do imperialismo colonial como geopolítica expansionista e de domínio territorial, cultural, econômico, entre espécies humanas e não humanas.

Esse contexto geopolítico assenta a célebre passagem de Bentham em uma materialidade temporal e espacial e, conseqüentemente, reorienta o seu real impacto do *modus* de operação do Sistema-Mundo. O autor fala a partir um *locus* demarcado e para uma plateia específica. Em certa medida reivindica a universalização desses princípios a partir da interioridade da Modernidade Europeia.

Mais de um século após Bentham trilhar os primeiros passos no sentido de reivindicar o reconhecimento dos animais como sujeitos morais, o filósofo utilitarista Peter Singer, na segunda metade do século XX, tornou-se expoente no campo da ética animal como âmbito da ética prática e da filosofia política.

A partir da segunda metade do século XX os cânones jus animalistas do Norte irão passar a ter uma maior projeção global e um peso simbólico na tentativa de formalização do Direito Animal como espaço universal de afirmação, reconhecimento e proteção de interesses dos animais como juridicamente relevantes.

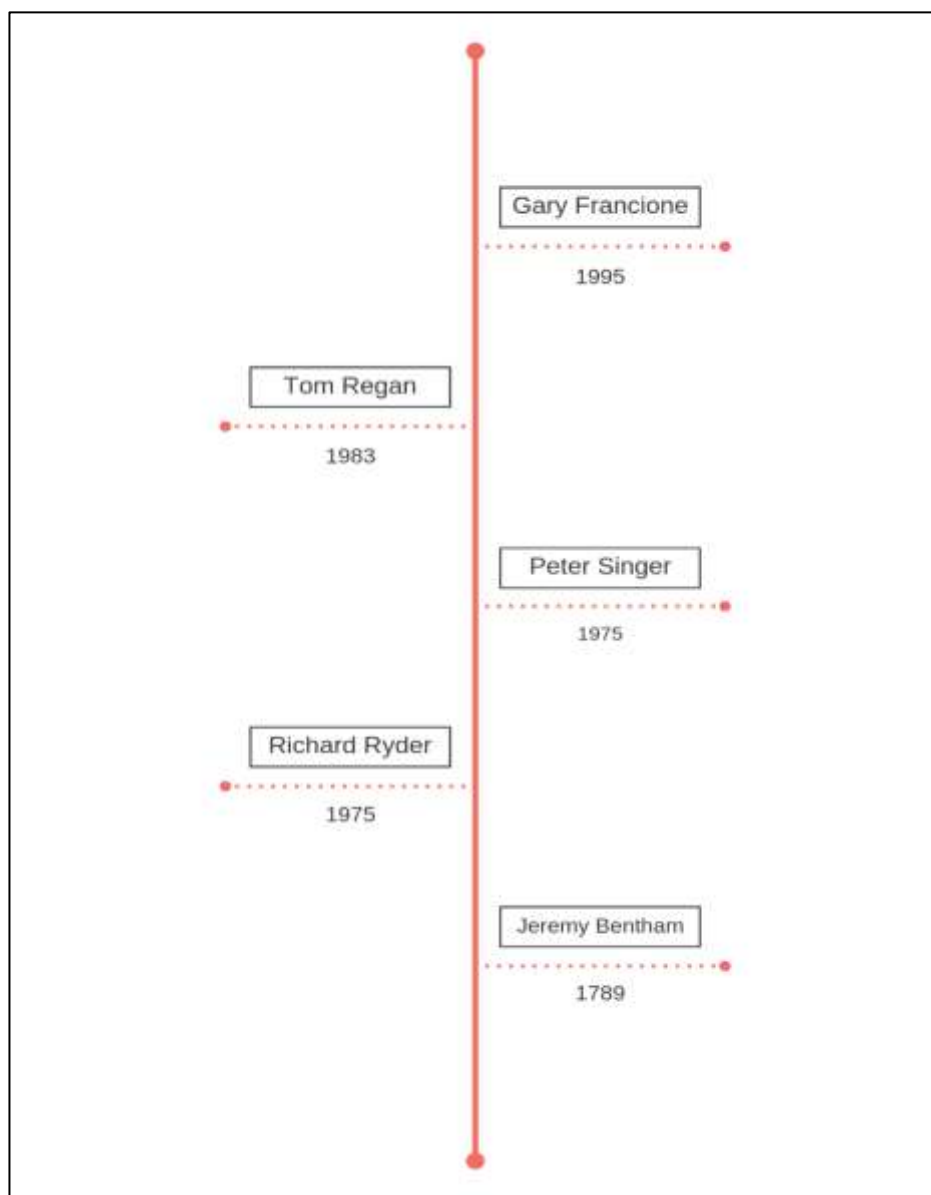
Constrói-se um mesmo tipo de linearidade universalista dos cânones teóricos da Ética e do Direito Animal, da mesma forma que há um percurso evolutivo unidirecional universalista, supondo padrões de configurações civilizacionais que encobrem realidades e riquezas históricas de padrões de poder não conformados no espaço-tempo ocidentalocêntrico.

Nesse sentido, a narrativa da construção do Direito Animal e dos aportes teóricos e práticos voltados ao questionamento das relações estabelecidas entre humanos e demais animais é construída como aquisição evolutiva e civilizacional, incontornável e cumulativa. Há um dispositivo de poder que impõe uma incontornabilidade *a priori* desses cânones jus filosóficos para adentrar o debate da causa animal.

Nesse contexto, os aportes teóricos do Sul global são sumariamente invisibilizados. Teóricos que desempenham um papel fulcral para pensar o Direito Animal em uma perspectiva crítica, a partir da América Latina, são inferiorizados pela

razão colonial. Destacamos a produção acadêmica de Zaffaroni (2010; 2011), Edna Cardozo Dias (2000; 2007), Maturana e Varela (1997), Heron Gordilho (2009), Ferreira (2014), Rodrigues (2012), Rabenhorst (1997), Silva (2014), Levai (1998), Chalfun (2010), Lourenço (2008), Martins (2008), Medeiros (2013), Naconecy (2012), Nogueira (2012) e Oliveira (2007). Há pensadores de relevo que teorizaram o Direito Animal a partir do Sul e que promoveram repercussões práticas no plano legislativo e judicial no contexto latino e mundial.

Figura 5 – Linearidade teórica do Direito animal nortista



Fonte: elaboração própria, 2019

Singer foi responsável por tecer críticas à tradição filosófica que supervalorizava o status moral do ser humano. Sob a influência de Richard Ryder (1975), psicólogo britânico contemporâneo de Singer, que cunhou primeiramente o termo especismo¹⁶ para denotar esse fenômeno ocidental de diferenciação entre a espécie humana e os demais animais, o filósofo australiano Peter Singer é posto como um dos pioneiros do movimento de libertação animal.

A partir disso, o filósofo defendia a expansão da esfera de consideração moral humana para que fosse possível incluir os animais na comunidade moral, usando como critério o princípio da igual consideração de interesses semelhantes. Definiu-o como um princípio moral básico capaz de se aplicar aos membros das outras espécies, tais como à espécie humana. Consistiria em conferir o mesmo peso, de forma não antropocêntrica, aos interesses semelhantes dos indivíduos que são atingidos por nossos atos e deliberações.

Para o filósofo, a extensão do princípio básico da igualdade de um grupo a outro não implica que se deva tratar ambos exatamente da mesma forma ou conceder os mesmos direitos aos dois grupos, uma vez que isso dependeria das características e especificidades dos seus membros, ou seja, não é requerido um tratamento igual ou idêntico, mas, sim, consideração igual. As contribuições de Singer, em especial a teorização do princípio da igual consideração de interesses semelhantes, são consideradas responsáveis por fornecer bases filosóficas para a discussão sobre o status moral dos animais, ética prática e bioética em uma perspectiva universal.

Os campos do conhecimento destinados a reflexão ético-jurídica do status dos animais não humanos podem ser concebidos como uma arena de confluência de saberes, encontros e desencontros de múltiplas disciplinas, tais como Etologia, Direito, Filosofia, Psicologia Social, Sociologia dos Estudos Animais, Bioética, Biodireito, Medicina Veterinária etc. O influxo multidirecional de informações e a suas simbioses contribuem para a consolidação de diversos campos de saberes, como o Direito Animal.

Enquanto campo disciplinar que se pretende autônomo (fontes, objetos e principiologia) frente aos demais, o Direito Animal possui tensões internas e disputas

¹⁶ Por Especismo compreendemos um aporte epistemológico específico que modula a forma como estabelecemos relações interespecies. Esta forma de conhecer e se relacionar no mundo baseia-se em um estabelecimento de diferenciações detrimetosas, utilizando como arsenal distintivo a categoria “espécie”. Sobre uma discussão minudenciada do conceito Especismo, ver HORTA (2010).

pela hegemonia semântica, operacional e epistemológica de seu estatuto. Diversas correntes moldaram-se ao longo do tempo e, por sua vez, intenta(ram) modelar as bases conceituais do Direito Animal de acordo com suas premissas.

O conteúdo ecofilosófico ou a ética animalista subjacente ao Direito Animal, desta forma, pode variar de acordo com a corrente adotada. Historicamente duas correntes genéricas se desenharam no Norte global: o bem-estarismo e o abolicionismo. Ambas possuem como elemento principal o convite a ressignificação da relação entre animais humanos e animais não humanos.

Desta feita, postulam uma ampliação da considerabilidade do animal para além do estatuto de coisa, para além das relações dominiais e apropriativas. Advogam a necessidade de ampliação da esfera de consideração moral dos sujeitos para incluir demais espécies animais.

De acordo com um posicionamento/corrente bem-estarista, os animais não humanos deveriam gozar de um estatuto moral diverso do que é apresentado pelo Naturalismo Ocidental. Haveria, para o humano, obrigações morais para com as demais espécies animais. Estas obrigações partiriam da lógica de que todo ser senciente possui interesses a serem considerados e que, portanto, deveria estar inscrito na comunidade moral. O bem-estarismo advoga pela minimização de todo sofrimento e dor insculpidos na relação que a humanidade estabelece com a animalidade, dentro de uma perspectiva utilitarista.

Já em uma abordagem abolicionista há uma consideração do animal não-humano como possível sujeito de direitos. Se detentores de interesses e sencientes, tais animais não humanos gozariam de direito à tutela jurídica. Portanto, uma abordagem abolicionista tenta romper com o especismo através de uma lógica que visa a abolir todo e qualquer tipo de exploração animal, qualquer uso humano de animais não humanos para satisfazer interesses e desejos humanos.

A questão que se coloca com o abolicionismo é que a condição de propriedade atribuída aos demais animais obstaculiza qualquer tentativa de construção de uma relação humanidade-animalidade de forma não especista, não antropocêntrica e não exploratória.

Segundo esta corrente, não haveria possibilidade da plena aplicação do princípio da igual consideração de interesses semelhantes se há uma relação de apropriação entre os sujeitos envolvidos. Os interesses dos explorados jamais seriam considerados igualmente aos do explorador.

Nesse ponto, surge a seguinte indagação: mesmo com os avanços no campo do Direito Animal, o que ainda remanesce e impede a consolidação deste campo legal? Para Regan (2004; 2006) alguns animais seriam considerados sujeitos-de-uma-vida porquanto detentores de valor inerente.¹⁷ O autor introduz uma gramática própria de consideração de direitos morais dispensados aos animais, aquela ordem de direitos que precederiam uma Ordem Jurídica positivada. A ideia de sujeitos-de-uma-vida é mediada pelo reconhecimento implícito de que esse ser possui certo grau de consciência de si e do mundo.

Para o jurista Gary L. Francione (2010), ainda que a ética prática pautada a aplicação de princípios capazes de equilibrarem os interesses dos seres humanos com os animais não humanos com vistas a torná-los moralmente significativos, os animais permanecem ainda com o *status* de propriedade, estando fadados a existirem apenas como recursos aos interesses dos humanos.

Para Francione (2010), se for para os interesses dos animais terem alguma relevância moral, é necessário que seja estendido a eles o direito mais básico de todos, qual seja, o de não ser tratado como coisa. Não haveria que se falar em equilíbrio de interesses em uma relação entre ser humano e animal não-humano, visto que não faria sentido tentar equilibrar o interesse do proprietário de usar e explorar sua propriedade com o interesse da propriedade mesma. Sempre sobressairia o interesse do sujeito proprietário.

A doutrina nortista (referendada por parte das bases teóricas internas latino-americanas), parte de uma narrativa anistórica de legitimação da causa animal, da ética animal e do direito animal. Acabam por silenciar modos de se relacionar multiespecíficos não assentados na matriz de poder etno-euro-americanas.

As formas de ser e estar latino-americanas prévias à invasão são sumariamente reputadas como inexistentes, operando, também a negativa da pluralidade de formas de se relacionar com os animais dos povos ameríndios.¹⁸ As noções de Sujeito de Direito, Senciência, Consciência, Coisa jurídica encapsulam as condições de possibilidades de relacionamentos interespecíficos a partir de uma matriz cognitiva que reduz o(s) mundo(s) a termos negociados na internalidade da Modernidade.

¹⁷ Para uma análise crítica sobre a teoria reganiana, ver Santana (2016).

¹⁸ Os modelos ontológicos descritos por Descola (2005), que modulam as representações, formas de predicação do outro e relações multiespecíficas (Animismo, Totemismo, Analogismo), são sumariamente desconsiderados pela lógica da Modernidade. Formas outras de se relacionar são desconsideradas ou reputadas como inscritas no âmbito da incivilidade.

4.3. Tipologias jurídicas e colonização da condição do Ser

Com o movimento abolicionista animal na segunda metade do século XX, a tradição civilista que moldou a figura jurídica do animal não-humano como semovente é questionada. Contrapondo-se à visão liberacionista-utilitarista que marcou o início do movimento pela libertação animal, o movimento pelos direitos dos animais reivindicaria a abolição da exploração animal (GORDILHO, 2009, p.71).

Para além da consideração moral dos sujeitos não humanos, a ressignificação do tratamento jurídico dispensado aos animais passaria pela desconstrução de um dos paradigmas civilizacionais assentados pela Modernidade/Colonialidade: a consideração do animal não-humano como propriedade.

Para tanto, proceder-se-ia uma verdadeira reconstrução jurídica dos animais para considerá-los como uma figura jurídica distinta de coisa. O debate doutrinário reverberou, internacionalmente, a nível legislativo em diversos ordenamentos jurídicos, cada qual com artifícios jurídicos distintos.

De antemão, cumpre destacar que o debate da categorização jurídica do animal não-humano no ordenamento jurídico não figura como um debate teórico sem reverberação operacional, do ponto de vista político e jurídico. Trata-se, na verdade, de estratégias de ação para a tutela de interesses de animais, cada qual com sua funcionalidade e projeção operativa.

Ao fim e ao cabo, as tipologias teóricas existentes objetivariam maior eficiência no trato institucional dos animais, seja do ponto de vista judicial ou administrativo. Para cada um desses tipos ideais há limitações e alcances concernentes aos direitos atribuíveis e a forma de fruição desses direitos, bem como condicionantes discursivos geoculturais.

Além disso, essas doutrinas da categorização jurídica dos animais não humanos também figuram como produções marcadas por um contexto espacial-geopolítico-histórico, ou seja, não há tipológicas jurídicas previamente dadas e isentas do mundo que objetivam categorizar/regular. As categorias mesmas, o processo e o intento de

categorização da vida e do mundo podem servir de instrumentais da Colonialidade do Poder/Ser/Saber.

Sem pretensões de exaustão da temática, apresentamos algumas possibilidades doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais delineadas majoritariamente pelas correntes nortistas da Ética e do Direito Animal na tentativa de superação da condição jurídica e social exploratória à qual a animalidade vem sendo subjugada.

A categorização jurídica pode ser utilizada como instrumental de um modelo de classificação social que subjuga e subalterniza as existências, experiências e corporeidades humanas e não humanas. Por isso, cabe refletir em que medida essas tipologias objetivam superar o Naturalismo Ocidental ou o retroalimentam.

Elencamos, ao menos, cinco possibilidades. A primeira refere-se a uma consideração jurídica que implica em uma subjetivação forte da animalidade (LOURENÇO, 2017). Trata-se da consideração do animal como dotado de personalidade jurídica, ou seja, do ponto de vista do Ordenamento Jurídico o animal seria alçado à condição de Pessoa.

Há uma distinção entre a noção não jurídica de Pessoa e o tipo jurídico Pessoa. Desta forma, para o Direito apenas figura como pessoa, e por via de consequência, dotada de personalidade jurídica, aqueles entes que a Ordem Jurídica dispensa o respectivo tratamento.

Em resumo, Pessoa é quem o Direito afirma que é (ainda que do ponto de vista antropológico ou filosófico possa ser considerado pessoa ou não pessoa). Em última análise, afirmamos que Pessoa é uma criação jurídica – adaptada a uma opção por uma demanda político-ideológica específica, localizada no tempo e espaço – que atende a fins humanos, historicamente atentos aos valores patrimoniais e individuais.

Há duas implicações subjacentes à afirmação esboçada anteriormente: 1. Pode haver pessoa juridicamente considerada que não seja pessoa do ponto de vista antropológico ou filosófico; 2. Pode haver Pessoa do ponto de vista antropológico ou filosófico que não seja considerada Pessoa para o Direito.

Outro ponto digno de nota refere-se à distinção entre o conceito de Sujeito de Direito e o de Pessoa. Nem todo sujeito de direito é uma pessoa do ponto de vista de um Ordenamento Jurídico. Existem sujeitos que possuem direitos, mas não são dotados de personalidade jurídica. Isso não figura como impeditivo do reconhecimento de seus direitos e consequente regime de proteção e capacidade de reivindicação via judicial.

Ou seja, existem diversas manifestações jurídicas de Sujeitos que podem gozar de direitos subjetivos. Uma delas é a Pessoa. Sujeito é aquele que a norma jurídica e, em última análise, a Ordem Jurídica, imputa direitos independentemente de sua capacidade ou personalidade para o exercício e fruição.

A pessoa, considerada juridicamente, possui aptidão genérica para o gozo de direitos, ou seja, uma autorização genérica do Direito para a prática de atos e negócios jurídicos. Então, entendemos que o sujeito de direito personificado é aquele que recebe do direito uma autorização genérica para a prática de atos e negócios jurídicos. A pessoa pode fazer tudo o que não está proibido.

A opção metodológica da afirmação do animal como dotado de personalidade jurídica implicaria na reorientação e reformulação do Ordenamento Jurídico e do *modus* de produção do Direito. Isso porque se considerássemos juridicamente o animal não-humano como Pessoa, teríamos que fazer cessar toda a sorte de utilizações e instrumentalizações do corpo e da vida animal, partindo da premissa de que não ocorrem relações lícitas de exploração sob o corpo de um sujeito de direito.

O animal deixaria de ser objeto da relação jurídica para ser integrante de um dos polos da relação. Uma pessoa, em tese, não poderia ser objeto de uma relação de compra e venda, não poderia ser abatida para consumo de sua carne ou em rituais sacrificiais, não poderia ser utilizada para entretenimento humano etc. Todos estes tratamentos seriam antijurídicos porquanto rotulados pelo Direito como desacordantes com os valores perseguidos de dignidade da pessoa.

A consequência jurídica seria reorientar o Direito e todos os seus ramos para um caminho de abolição da exploração animal, uma vez que as utilizações que são empreendidas contemporânea e costumeiramente são incompatíveis com o tratamento que a Ordem Jurídica dispensa a uma Pessoa. Isto porque a personalidade jurídica figura como a capacidade genérica para titularizar direito e contrair obrigações.

Uma segunda opção metodológica seria considerar os animais não humanos como sujeitos de direito não personificados. Como afirmamos anteriormente, nem todos os sujeitos de direitos são Pessoas do ponto de vista jurídico. Há entes sem personalidade jurídica que titularizam direitos e são resguardados. Entes não personificados já figuram no Ordenamento Jurídico brasileiro. O nascituro, a massa falida e a herança jacente não possuem personalidade jurídica, no entanto, tem seus direitos resguardados pela Ordem Jurídica.

Ao sujeito de direito não personificado é lícito realizar os atos específicos inerentes à sua finalidade ou os especificamente autorizados em lei ou decisão judicial. Desta forma, considerar o animal como sujeito de direito não personificado trata-se de uma subjetivação jurídica de menor densidade, uma vez que seria atribuído aos animais apenas a ordem de direitos expressamente consignada pela ordem jurídica.

Uma terceira medida refere-se ao que consideramos ser um ornitorrinco jurídico (com a devida vênia especista). Há uma tendência legislativa contemporânea esboçada em diversos países na qual o animal passa a não ser coisa e ao mesmo tempo não é sujeito. O binômio clássico de tratativas jurídicas parece não ser suficiente para lidar com essa tendência. Apesar de não ser mais considerado coisa, o regime jurídico de bens pode ser aplicável subsidiariamente, ou seja, na prática o animal não é coisa, mas poderia ser tratado como tal. Diante desse contexto, a condição jurídica de propriedade parece inalterada.

Parece-nos que o estatuto jurídico de coisa permanece inalterado, porém, limitado o seu exercício à função social da propriedade. Os patamares de respeito e consideração do bem-estar animal seriam, em verdade, postulados do princípio da função social da propriedade, limitações públicas ao livre exercício do direito de propriedade. No contexto da animalidade, a função social traduzir-se-ia nos patamares benestaristas.

Muito embora consideremos que neste caso não há alteração do estatuto jurídico no processo de desreificação, ele não é de todo ineficiente. Há potencial simbólico nessa alteração jurídica, no que se refere à produção e reprodução de modos de vida e de ser.

Exemplificamos com o art. 641 do Código Civil da Suíça, o qual afirma que os animais não são coisas, contudo, a afirmação generalíssima parece não fazer distinção entre animais. Todos os cordados foram retirados da condição jurídica de coisa, mas o dispositivo legal segue afirmando que, salvo disposição em contrário, aplica-se aos animais as disposições jurídicas dispensáveis às coisas. Ou seja, o animal não é coisa (e não se afirma o que juridicamente vem a ser), mas será tratado pelo regime jurídico das coisas, salvo disposto em contrário. Seria incluído em uma terceira categoria, um *tertium genus*, que pairaria em um limbo jurídico de indeterminação de regime jurídico dispensável.

Já ordenamentos como o de Portugal, Colômbia e França alteraram seus códigos para afirmarem os animais como seres sensíveis ou sencientes, excluindo-os, *a priori*, do regime de direito real. Todavia, possibilita a aplicação subsidiária do regime de bens no que couber.

Em outros países, como Brasil e Argentina, a tentativa de ressignificação fez uso do Judiciário como tática de luta pelos animais não humanos. A natureza jurídica dos animais não humanos no ordenamento jurídico brasileiro consiste em um grande obstáculo para uma percepção diferente do status moral do animal, posto que a norma ainda perpetua a ideia de que o animal é um bem, seja da coletividade, seja propriedade particular.^{19 20}

É importante destacar que, somente com o advento da Constituição Federal de 1988, a temática referente ao Direito Animal é consagrada no Brasil como questão constitucional, mediante a constitucionalização das normas ambientais. O artigo 225 da Constituição brasileira estabelece a proibição de toda e qualquer prática de crueldade contra os animais, colocando-os em posição de titulares/beneficiários do sistema constitucional brasileiro.

Por serem tidos enquanto bens, os animais não poderiam assumir uma lide processual enquanto sujeitos, mas apenas como objetos. Os movimentos de Direito Animal buscam, assim, expandir o rol dos sujeitos de direitos para que seja possível outorgar condição jurídica para que os animais não humanos possam reivindicar seus direitos em juízo.

Para Heron Gordilho (2009), o status jurídico do animal, no ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se em um meio termo entre a propriedade e a personalidade jurídica, posto que a Constituição desvincula os animais da perspectiva ecológica para considerá-los sob o enfoque ético, ao passo que proíbe práticas que os submetam a crueldade.

Nesse sentido, para o autor, seria possível no sistema jurídico brasileiro que um animal fosse admitido em juízo na condição de ente jurídico despersonalizado, substituído processualmente pelo Ministério Público ou por associações de defesa dos animais, bem como os seus guardiões, quando se tratar de animais domésticos.

¹⁹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

²⁰ Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômica-social (BRASIL, 2002).

No contexto brasileiro, ao estabelecer que o animal não-humano não poderá ser tratado de forma cruel, o sistema constitucional brasileiro passaria a determinar o interesse jurídico que o animal possui de ter respeitado certos valores juridicamente relevantes com relação à sua existência, tais como integridade, liberdade e vida.

Ainda há uma quarta possibilidade de lidar com a condição jurídica dos animais não humanos. Refere-se a alteração da forma de tratamento dispensado às coisas, ou seja, faria parte da ordem de percepção que admite como não essencial a discussão da atribuição da condição jurídica de sujeito, uma vez que o sistema existente já conseguiria lidar com a tutela de interesses de animais não humanos a contento.

Para David Favre (2010), a tensão concernente ao conflito entre interesse humano e interesse da coisa própria, ou seja, entre interesses da propriedade, em específico propriedades viventes (*Living Property*), seria solvível com a criação de uma nova categoria de propriedade para lidar com interesses de animais não humanos, sem, contudo, retirá-los da condição de propriedade.

Como um meio para dar maior visibilidade aos animais no contexto do sistema legal, Favre sugere removê-los da condição de propriedade pessoal (no caso dos animais domésticos) e colocá-los em uma nova categoria de “propriedade viva”. Desta forma, segundo o autor, ao propor uma categoria de coisa jurídica à parte, destinada aos animais, as disposições normativas tradicionais com relação ao Direito de Propriedade deveriam ser modificadas para acomodar a presença desta nova categoria.

Haveria, ainda, uma quinta possibilidade esboçada sob o aspecto do animal não-humano como participante da órbita política. Desta forma, os autores Donaldson & Kymlicka (2011) fazem uso da noção de cidadania para conferir aos animais certa proteção jurídica.²¹ Os animais seriam concidadãos de nossa comunidade política.

De acordo com os autores, embora todos os animais devam ser protegidos pelos mesmos direitos fundamentais, os animais individuais deveriam ter direitos diferentes (e responsabilidades diferentes), a depender das suas participações no grupo político. Assim, os animais que fazem parte da sociedade híbrida humano/animal (animais domésticos) deveriam ser concebidos como cidadãos. Já os animais que dependem

²¹ Não objetivamos esgotar as produções doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas sobre a temática. Aqui expusemos alguns exemplos de problematizações categoriais que geram recursividade no plano teórico e da práxis do Direito Animal majoritário.

dessa comunidade híbrida sem fazer parte dela (animais liminares) deveriam ser concebidos como habitantes. Os animais selvagens, que vivem total ou parcialmente separados da comunidade política, deveriam ser concebidos como soberanos sobre seu próprio território.

As noções de personalidade jurídica, coisa jurídica, sujeito de direito e cidadão são etnocêntricas, localismos globalizados e abstratos universais. Seriam lógicas locais de personalidade (LOCKE, 2017). De acordo com Kirksey (2017, p.201), “Raça, nacionalidade e classe ajudam a determinar quem tem plena personalidade perante a lei”. Diria mais, ontologias e cosmopolíticas também influenciam a matabilidade e as noções de sujeito juridicamente protegido. Os marcadores sociais da diferença cumprem um papel relevante na conformação dogmática do Sujeito jurídico.

Embora a demarcação das noções de sujeito e coisa possuam efeitos para o direito do fórum, há relações jurídicas múltiplas que passam ao largo desse contexto e que precisam ser pensadas em termos não categoriais e alicerçadas por um modelo de pedagogia que considere as outridades nas construções das relações.

Essa discussão jurídica acaba por reduzir os animais a um molde, uma forma legal que impõe implicações nas diversidades de suas existências e modos de experienciar a vida desses seres. Consideramos que as proposições de alterações jurídicas sem conexão com a realidade multiespécie podem referendar e replicar o especismo colonial. Ou seja, há padrões de poder identificáveis que criam processos de exclusão, dominação e controle através de conceitos jurídicos.

Nesse sentido, cremos que a educação voltada ao Direito Animal pode propiciar valores ampliativos de alteridade e não violência. Talvez, nesse horizonte utópico, considerar o animal como coisa, *tertium genus* (ornitorrinco jurídico), sujeito, cidadão, seja secundário. A alteração da categorização jurídica pode ser um doce discurso, mas com *after taste* amargo.

4.4. Colonialidade dos Animais

Há um modo de pensar, representar, relacionar e encontrar animais não humanos que estão tipicamente inscritos no espectro ontológico e epistêmico da

Modernidade-Colonialidade. Esse *modus* promoveu o seccionamento do *Homo Sapiens* das demais espécies. Ao afirmar as demais espécies como inscritas em uma categoria homogênea e reducionista – o animal – a Ciência Moderna, alicerçada pelo aparato de Estado e Mercado, cria uma narrativa de singularização do que é humano.

Elementos de intensificação são forjados como princípios organizativos da sociedade baseados na diferenciação. Os animais seriam condição de ausência. Os humanos, a presença excepcionalizada e singularizada à condição de ente de mediação entre a Deidade e a Animalidade.

O Direito e a construção das categorias jurídicas de Pessoa e de Sujeito passam a ter um papel fundamental de legitimação de um modelo de relação entre espécies em que o vetor orientador das relações é o interesse humano. *Pari passu* a essa narrativa, promove-se um processo de desconstrução das noções de violência, controle, exploração, domínio etc. quando os encontros mediados são entre humanos e não humanos.

A *Colonialidade da Animalidade Não Humana* ou *Colonialidade dos Animais* se manifesta nas estruturas de pensamento e ação que reificam animais e, ao mesmo tempo, destacam o animal *homo sapiens* dessa categoria analítica para pô-lo em situação epistêmica de superioridade, de sujeito do conhecimento, em uma categoria apartada e hierarquicamente dominante: o ser humano, humano, homem²². Cria-se um sistema binário de pertencimento humanidade-animalidade, que produz uma classificação social na qual subjetividades e conceitos são impostos de forma tal a alijar a animalidade de todos os âmbitos da esfera de poder e existência.

As rupturas ontológicas promovidas pela Modernidade/Colonialidade foram naturalizadas nas relações sociais e, conseqüentemente, neutralizadas, o que proporciona, em última análise, a ocultação epistemológica da própria diferenciação.

Partimos, assim, de um pressuposto fundamental para a compreensão referente à inter-relação e conexões dos Direitos Humanos com o Direito Animal: a historicidade dos Direitos Humanos é local e culturalmente contingenciada, georreferenciada por relações de poder, assimetricamente atribuídas e reconhecidas. A Matriz Colonial que nutre as bases fundantes do Ser, do Poder e do Saber parametriza as relações

²² Ainda que não seja objeto do presente trabalho, cabe pontuar que há nessa relação de colonialidade um rasgo androcêntrico.

interespecies através da Colonialidade da Animalidade Não Humana, assim como as conexões e recortes entre Natureza e Humanidade (Colonialidade da Natureza).

Dentre as possíveis críticas ao processo de construção dos direitos fundamentais na lógica Moderna, insere-se a questão da invisibilização da animalidade. Os processos de colonialidade silenciaram modos de ser, produzir e viver que visualizam a figura do animal não-humano alheio à lógica reificante típica da Modernidade-Colonialidade.

Diante deste contexto, o especismo pode ser compreendido como interpretação/interação *do* e *no* mundo, fruto de um aporte epistêmico que orienta o agir a partir de modelos distintivos baseados na categoria analítica «espécie». Em outros termos, a partir da hierarquização das espécies atribuímos valores, direitos e personalidades distintas e seletivas. Parte-se, portanto, de uma discriminação epistêmica baseada na espécie a qual se filia.

Além das categorizações clássicas de especismo (eletivo e elitista), propomos uma terminologia que usa uma base epistêmica que fundamentaria a Colonialidade Especista (ou especismo colonial). Um referencial baseado na Matriz Colonial que permitiria apropriações teóricas do Norte hegemônico de forma acrítica no intento de desconstruir lógicas especistas mas que acabaria por reproduzir e disseminar especismo em função da descolagem com a realidade das cosmovisões do Sul.

A Colonialidade Especista também lançaria uma clivagem nas relações interespecies com base na cartográfica simbólico-global, ou seja, haveria uma distinção nas relações e tratos do humano com espécies do Norte global ou do Sul. A lógica da justificação da ação sob o ponto de vista da Colonialidade Especista baseia-se na naturalização deste tratamento diferenciado e discriminatório com base na filiação a determinada espécie, ou seja, a diferença é utilizada como fundamento da subalternização do outro, que legitima o esquecimento e/ou exploração.

De forma alguma desconhecemos a relevância teórica e operativa das possíveis alterações do estatuto jurídico dos animais não humanos, tampouco a luta da militância social e acadêmica em prol dos Direitos Animais. Nem mesmo o uso do estatuto jurídico como estratégia de ação.

A ressignificação da visão jurídica do animal em uma perspectiva antiespecista possui o condão de operar mudanças, seja do ponto de vista das microrrelações animalidade-humanidade, seja nas macrorrelações multiespecies.

Todavia, indagamos: em que horizonte utópico conseguiremos visualizar a abolição do abate de bilhões de vidas animais para fins de saciar desejos alimentícios de humanos? Em que medida conseguiremos abolir experimentos com animais e poupar mais de 100 milhões de vidas de vertebrados anualmente? Quanto sangue animal servirá para banhar o entretenimento humano?

Certamente ainda se matam animais em Paris, Lisboa, Salvador, Buenos Aires e Viena, locais onde se operaram mudanças legislativas e jurisprudenciais significativas do estatuto animal codificado. O Direito caminha lentamente, mesmo com suas normatizações categorizadoras.

A chave operativa para lidar com essas questões parece-nos que transpassa às questões do tecnicismo da dogmática jurídica do estatuto do animal e seu regime subjacente para tocar as entranhas estruturais e discursivas que balizam nossas relações multiespécies: a Colonialidade da Animalidade.

A compreensão pré-jurídica de que animais devem estar submetidos a esse modal que os distingue dos humanos e os submete a um regime social expropriatório parte das múltiplas separações ônticas estabelecidas no Ocidente. É justamente essa pré-compreensão que tenciona o sistema jurídico a construir estruturas opressoras com relação à animalidade.

A técnica jurídica pode até criar estruturas que objetivam moldar o mundo em seus termos, um sistema de normalização e disciplina calcado em um operativo baseado no modelo liberal de organização da propriedade. Mas o mundo e suas facetas latejam condições operativas de mudança. O Direito oficial corre lento.

Neste contexto, um exemplo estruturante para evidenciar a Colonialidade dos Animais até aqui mencionado diz respeito às institucionalidades de confinamento de animais para fins de entretenimento. O animal quando inserido nesse contexto é exposto como um *commodity* da colonialidade e das relações neocoloniais.²³ Inclusive, a caça comercial de animais selvagens na África Colonial foi sobremaneira subvencionada pelos institutos zoológicos (CORREA, 2011, p.165).

A agenda política dos zoológicos no século XIX era de afirmação do expansionismo imperial. Os zoos das capitais europeias, à época, exibiam os espólios

²³ As narrativas veiculadas pela mídia apresentam de um lado uma entidade salvadora (Zoo), que efetuou o resgate de um dado animal exótico e que será, doravante, protegido e bem cuidado em local adequado. De outra banda, a localidade arcaica que não possui o arsenal tecnológico e financeiro para cuidar de sua biodiversidade. Uma relação típica de alteridade negada em que o EU se exalta, salva e expia os pecados do OUTRO.

imperialistas. Corpos de humanos e não humanos eram exibidos como elemento justificador do empreendimento colonial. Seres reputados como exóticos e de diversas partes do globo reafirmavam o poderio militar-político-comercial do expansionismo europeu (MALAMUD, 2012, p.116).

Nesse sentido, as coleções zoológicas são apresentadas, desde o século XVIII, como mimetizações da natureza. Supostamente, tidos como “espaços museais... que adquirem, conservam, investigam, difundem e expõem os animais como testemunhos materiais da evolução da natureza” (SILVA *et al.*, 2015, p.148). A coleção de animais por entidades privadas ou públicas figurou como modo de afirmação de *status*, referenciador de poder e riqueza. Quanto mais diversificado e exótico o arsenal de animais não humanos, maior o prestígio do detentor.²⁴

Outro marco colonial da relação de poder exalada nos espaços dos zoológicos diz respeito à animalidade e aos espectadores. Há um processo de hierarquização do ponto de vista do espectador. Ele (humano) se vê em posição dominante perante os animais selvagens encarcerados no zoológico. Há um processo de mitificação da superioridade humana como critério de diferenciação.

Há uma relação sublimada de dominação entre a cultura/localidade e o animal exposto/espectador. Há, subjacente, uma relação hierarquizada de culturas entre a que é dominada, inferiorizada e, conseqüentemente, primitiva, e aquela que domina, é superior e avançada.

O valor atribuído é o econômico-funcional. Os animais são docilizados, dominados e domesticados, sem a força vital expressada em seu lugar de ser, seu *habitat*. Tornam-se peças da engrenagem insculpidas para solver demandas humanas. Sitiamos os sentimentos, sensações, expressões dos animais em um ambiente artificializado. Sitiamos a beleza do *estar livre*. As construções antropocêntricas de confinamento, na verdade, tentam redefinir o *estar livre* em seus

²⁴ Caso marcante de zoológico como referência de poder diz respeito à *Hacienda Nápoles*. Antiga propriedade do Narcotraficante Pablo Escobar, dá lugar a um Zoológico com animais trazidos da África. Estima-se que, à época, o custo de manutenção girava em torno de 5 milhões de pesos colombianos por mês. Com a extensão de quase 3.000 hectares, abriga girafas, zebras, rinocerontes, cangurus, elefantes e hipopótamos. À época de Escobar, a *Hacienda Nápoles* contava com cerca de 1.500 espécies animais. Hoje, fora transformada em parque temático e conta com a maior população de hipopótamos do mundo fora do continente africano. As relações de afirmação de status e poder reverberaram em problemas de ordem ecológica na Colômbia, já que espécies alienígenas são consideradas a segunda maior causa de perda de biodiversidade. Neste sentido, ver VALDERRAMA-VASQUEZ (2012).

termos. Objetiva incutir na sociedade a representação segundo a qual “morar em um jardim zoológico” significa “gozar da liberdade”.

Os jardins zoológicos figuram como espaços sociais que manifestam distopias e utopias nas relações humanidade-animalidade. Há uma relação utópica, de contemplação romântica da natureza preservada pelo humano, um espaço de vivências com as demais espécies animais “exóticas”. Ao mesmo tempo, essa relação se dá através do processo de dominação e controle dos animais pela humanidade. São sitiados em ambientações artificiais que mimetizam a natureza. Uma mensagem distópica de instrumentalização da vida animal para o consumo e entretenimento humano. Há uma agenda política dos zoológicos embevecida pela Matriz Colonial que precisa ser entendida em relação a este paradoxo utópico-distópico.

O zoológico como espaço político assenta-se em conformações assimétricas de poder: as relações de afirmação do Homo Sapiens levadas a cabo através dos processos de dominância e deterioração da natureza; da instrumentalização do animal não-humano através da afirmação do zoo como *locus* do entretenimento, preservação, conhecimento e educação. Inclusive, da instrumentalização intraespécie do humano pelo humano.

Vale salientar que o argumento conservacionista que engendrou uma sistemática de regulamentação para a proteção da vida selvagem, paradoxalmente, fez uso do sistema colonial (SILVA et al., 2015, p.161). Em última análise, essas regulamentações serviram historicamente para legitimar o sistema de exploração da vida selvagem em uma sistemática sustentável. Leia-se sustentável para o explorador, não para o explorado.

O conservacionismo *ex situ* pode ser susceptível a críticas, uma vez que preservar uma determinada espécie animal em ambiente artificial para fins de estudos e conservação da própria espécie – já que por vezes encontram-se extintas *in situ* – pode ser considerada uma prática análoga ao confinamento não consentido, e que, em última análise, serve mais aos fins e interesses do *antropo*.

A caracterização jurídica dos zoos como museus científicos presta favor à legitimação desses interesses. É expressão clara da Colonialidade da Natureza, que proporcionou o extrativismo clássico e o neoextrativismo como modais de arregimentação de espécies animais alienígenas.

O argumento educacional geralmente é utilizado como elemento de legitimidade da existência dos zoológicos. A relação estabelecida nesses locais permitiria, diante

dessa lógica, uma conexão única com outras espécies animais, o que geraria uma oportunidade de aprendizado e, conseqüentemente, propagação de uma consciência ambiental nos cidadãos (MALAMUD, 2012, p.120).

O argumento segundo o qual a manutenção de zoológicos justificar-se-ia pela experiência educacional proporcionada deve ser reavaliada por uma ótica decolonial. Nos jardins zoológicos há uma ambiência institucional que expressa subliminarmente que ali há relações de poder. Há uma arquitetura de dominação, que afirma um estar no mundo do *antropoceno* que se estabelece com a animalidade em termos de comando. O mundo artificial criado e imposto como natural é o espaço de vivência de criaturas que se tornam caricaturas do que são em seus verdadeiros ambientes.

A Matriz Colonial subjacente à experiência do zoológico nos apresenta animais não pertencentes à artificialidade estruturada pela humanidade, extirpados dos lugares onde são e cabem, expostos como objetos de consumo. Suas vidas são expostas como realidades consumíveis, submetidas à colonialidade que mitiga suas existências para reafirmar a existência narcísica da humanidade.

Diante de uma experiência “voyeurista, imperialista, inautêntica e mergulhada no ethos da cultura de consumo” (MALAMUD, 2012, p.115, tradução nossa), é possível supor que as relações de ensino e aprendizagem serão de alguma forma emancipatórias? O que, enquanto sociedade, podemos detrair na conformação simbólica destes espaços é a abertura para processos pedagógicos de assimilação das relações de opressão, naturalização da dominação, neutralização da afirmação de seres desimportantes e encarceramento como técnica de retenção do “afeto”.

Ao fim e ao cabo, há uma complexa experiência educacional no ir ao zoológico que nos diz bastante sobre o rasgo especista que atravessa nossas relações e processos de sociabilidade. Ainda, na esteira da Colonialidade da Natureza, expressa-se, com o zoológico, a desimportância do habitat natural como elemento que constitui a autocompreensão do animal não-humano, assim como a percepção do humano frente às demais espécies.

O ambiente desempenha um papel na realização do ser, seus comportamentos, expectativas e reações frente a elas. A lógica do zoológico nos afirma um descolamento do animal com a natureza, uma desanimalização pela introdução dos elementos artificiais. Os animais de zoo passam por uma resignificação de suas identidades, deixam de ser “animais” para passarem a ser “animais de zoológico”, o que gera implicações comportamentais práticas.

Captar, em algumas horas de visitação, o modo de ser, estar e produzir das espécies confinadas, parece uma tarefa não factível. Talvez, quando visitamos o jardim zoológico, propomo-nos, na verdade, a apreender caricaturas mal traçadas das existências episódicas.

4.5. A vida multiespécie e cosmovisões ameríndias

O compartilhamento do espaço-tempo entre a humanidade e os entes para-além-do-humano é uma temática que vem ganhando fôlego nos últimos anos (TSING, 2015b; KOHN, 2013, 2007; OGDEN, HALL & TANITA, 2013; KIRKSEY & HELMREICH, 2010; VAN DOOREN, KIRKSEY & MUNSTER, 2016). O campo de pensamento e ação relativo à *virada multiespécie* encontra-se em franca expansão acadêmica. A abordagem já conta, inclusive, com ressonância significativa em terras brasileiras, com destaque para a produção antropológica (SEGATA, 2012, 2016; SUSSEKIND, 2017; 2018a; VANDER VELDEN, 2012, 2018; BEVILAQUA, 2011^a, 2011b; CAMPOS, 2016; LODY, 1992).

Os encontros entre espécies redimensionam a compreensão de como as vidas humanas e formas de estar no mundo são constituídas, a partir do entrelaçamento com o emaranhado de entidades não-humanas. Trazem à tona a noção de vida em um sentido marcadamente antissolipsista, não-humanista e que objetiva, em certa medida, rasurar o princípio de singularidade da espécie humana e de sua consequente compreensão de mundo e formas de ser/estar/tornar-se.

Essa abordagem tenta superar uma linhagem conceitual “exclusivista e monoespecífica” (SÜSSEKIND, 2018, p.161) para pensar a vida e o que a permeia para além dos marcadores humanos consolidados na Modernidade/Colonialidade - tradição de pensamento e ação marcada por pares opostos hierarquizados – excludentes, que sedimentam a singularidade humana (de um segmento específico dos humanos, saliente-se) como princípio organizador da sociedade. É nesse sentido que os estudos multiespécies desafiam o “binarismo ontológico do humanismo” (LOCKE, 2017, p.357, nossa tradução).

A singularidade humana, essa marca estruturante da narrativa cartesiana moderna, adjudicou o predicativo da instrumentalidade às entidades além-das-humanas ao ponto nevrálgico de enunciar uma ruptura de Era geológica, do Holoceno ao Antropoceno/Capitaloceno/Plantatioceno (HARAWAY, 2016). A ideia de Antropoceno visa a dar conta ou evidenciar a repercussão estruturante da intervenção humana na Terra. Como um epifenômeno, é como se o léxico trouxesse à tona o “horror” e “pudesse agora ser vislumbrado, enfim, por parte dos centros de poder euro-americano, bem como as suas derivações coloniais e colonizadas” (GARCIA, 2018, p.195).²⁵

A segregação da humanidade das outras formas de existências implicou em um modelo de exploração de corpos, entidades, elementos abióticos de tal sorte a considerar a natureza como um bloco homogêneo disponível ao processo de reificação como recurso de extração (KIRKSEY, 2017). Com isso, são desconsideradas as subjetividades, agentividades e capacidades desses entes e suas possíveis relações com a humanidade, em um sentido de não passividade, de coconstrução de realidades. A fórmula ocidental do *homo mensura* complementa-se com a concepção da natureza como recurso e dos seres não humanos como instrumentos (SÜSSEKIND, 2018a).

Como evidencia Garcia (2018), a despeito da História da humanidade ser uma narrativa dos humanos em relação a tantos não humanos, esses seres não foram tratados com seriedade, com o devido centramento, como parte integrante e interativa de nossos mundos sociais.

Ao afirmar que “a natureza humana é uma relação entre espécies”, Anna Tsing (2015a, p.184) reconhece que todas as entidades que habitam a metáfora e a materialidade *Terra* emergem e constroem suas existências em comunidades multiespécies, como que em uma teia de interdependência. Essa constatação

²⁵ Como referente explicativo da influência da intervenção humana sobre os sistemas biogeofísicos do planeta Terra, para além da concepção escatológica do Antropoceno, vejo o reconhecimento dessa nova Era como potência pedagógica transformativa, no sentido proposto por Taylor e Pacini-Ketchabaw (2015), como espaço aberto para novas conformações pedagógicas desvencilhadas da matriz de poder exclusivista e monoespecífica, para adjudicar possibilidades outras de relações menos destrutivas, sendo um momento propício para reconfigurar nossos sistemas de pensamento e ação. Nesse sentido, referenciais como *Critical Animal Pedagogies*, *Education for Total Liberation*, *Common Worlds Pedagogies* são aportes teóricos relevantes para pensar a Educação, desde a primeira infância em um sentido antiespecista.

ressignificaria o espelho narcísico da humanidade ou, ao menos, causar-lhe-ia alguns trincos.

A compreensão e constituição do humano dar-se-ia de forma relacional, em interações para além do humano, cuja historicidade é forjada por um emaranhado e complexo plexo de relações. Como consequência, seríamos sempre mais que humanos (ASDAL, DRUGLITRO & HINCHLIFFE, 2017), seríamos sempre *com e juntos*.

Esse emaranhado de seres bióticos e abióticos possuiriam, então, capacidade de produzir história (HARAWAY, 2016; HRIBAL, 2007; BARATAY, 2012). Uma História com ampliação de agentes produtores e a partir de comunidades híbridas, onde os encontros e mediações interespecíficos são possíveis (LESTEL, 2011).

Jason Hribal (2003, 2007) afirma que opor resistência é uma das características principais para a categorização ou compreensão de uma consciência de classe. Mais, os animais demonstrariam atos de resistência intencionais frente ao trabalho. Ao reconhecê-los como uma classe trabalhadora, o autor os reconhece como entes que produzem história, agentes ativos de suas vidas, com capacidade de agir intencionalmente nas relações multiespécies que são travadas no contexto do trabalho.

O giro paradigmático proposto pelos estudos multiespécies provoca recursividades potencialmente relevantes para a compreensão e construção dos espaços de juridicidade e discursos de normatividade. O jurídico passa a ser tencionado em sua tradição tipicamente humanista. O espelho narcísico do Direito – o sujeito de direito abstrato universal como pedra angular da tradição jurídica ocidental – passa a ser questionado e problematizado.

Até mesmo a noção própria de Direito Animal passaria por uma reorientação. Falar de Direito Animal em um sentido multiespecífico significaria reconhecer que há outras entidades para além do estatuto do animal que interatuam e se interpelam mutuamente com espécies animais em suas existências. Neste contexto, a vegetabilidade, mineralidade, ancestralidade, deidades são condições que passariam a ter um papel de relevo na conformação da dogmática animalista.

A noção de sujeito de direito é tencionada a partir da consideração da agência animal (STEWART, 2009; PEARSON, 2015; HRIBAL, 2007), da personalidade mais-que-humana (REGAN, 2001; FRANCIONE, 1995; WISE, 2000), da comunicação interespecífica (HOSTETTER et al., 2001; ZUBERBÜHLER, 2000), da neurobiologia

das plantas como campo insurgente (STRUİK et al., 2008; TREWAVAS, 2016), da senciência e consciência de animais não humanos (LOW, 2012), da *Teoria da Mente* adjudicada a primatas (KRUPENYE et al., 2016; CALL & TOMASELLO, 2008).

A monocultura jurídica ocidental igualmente passaria a ser repensada a partir da referência às cosmopolíticas e ontologias que reorientam as possibilidades das bases éticas para sociedades com tipologias outras das relações humanidade-animalidade-vegetalidade-mineralidade-deidade-ancestralidade (DESCOLA, 1998; VIVEIROS DE CASTRO, 1996; COUTINHO, 2017). Neste contexto, as narrativas ameríndias saltam aos olhos como potenciais chaves explicativas e generativas de sistemas normativos não hegemônicos.

Para falar do Direito no contexto multiespécie há uma necessidade de alargamento semântico e significativo dos conceitos opressão, violência, controle, poder e direitos humanos, como construções assentadas em um mundo também pluriespecífico. Desta forma, as vidas nuas (AGAMBEN, 2007), matáveis, consumíveis, são projetadas no contexto de comunidades assentadas em dispositivos de poder. A noção multiespécie não elide, por si, os aparelhos de violência e, por isso, a reflexão multiespécie não prescinde da posicionalidade enunciativa dos seus membros.

Os membros de uma comunidade multiespécie podem – e o fazem diuturnamente – estabelecer relações de violência estruturais. Há situações assimétricas de risco e vulnerabilidade entre componentes de uma comunidade, ou seja, a *necropolítica*, no sentido proposto por Achille Mbembe (2018), também está assentada em um mundo multiespécie.

O descortinar de um mundo multiespecífico traz consigo consequências para o âmbito do Direito que merecem análise, reflexão, proposição e possibilidades de reorientação das noções estruturantes de “pessoa”, “coisa” e “relações”. O reconhecimento da pluriversalidade ontológica e cosmopolítica associada à inclusão multiespécie também possui a capacidade de questionar o modelo de desenvolvimento econômico e o espectro de proteção ambiental. As noções de espaço urbano, rural e patrimônio também podem ser afetadas.

O termo guarda-chuva *Estudos Multiespécie* está longe de compor um agregado homogêneo de teóricos, teorias e práticas no que se refere ao escopo, foco e métodos, e de ser um projeto intelectual unificado. No entanto, há uma zona de compartilhamento, de intersecção, entre os estudos que propõem a viragem

paradigmática no *modus* de produzir compreensão sobre o mundo que leve em conta as diversas entidades, além da humana. Objetiva-se retirar a centralidade humana da teoria social, uma vez que “viver mostra-se urgentemente como entreviver. Existir como coexistir. Evoluir como coevoluir. Morrer como entremorrer. Reagir como entreterreagir” (MARRAS, 2018, p.256).

Ao tomar de empréstimo a categoria analítica *multiespécie*, pomos-la em perspectiva para pensá-la em termos *Decoloniais*. Acreditamos que o aporte teórico e a atitude decolonial são fundamentais para compreender, ser e se engajar criticamente em comunidades que articulam o humano e o não humano em um mesmo eixo de coconstituição.

Ao abordar o tema, Sussekind prenuncia uma noção do que vem a ser os estudos multiespécies através de um *contra conceito*, um *o-que-não-constitui*, ao expor que “uma abordagem que leva esse nome seria então aquela que não define a vida nos termos exclusivistas da vida social humana, e que, ao mesmo tempo, não toma a natureza como uma realidade objetiva exterior compartilhada por qualquer cultura ou por qualquer organismo” (2018:162). Já Ogden, Hall & Tanita (2013, p.7), ao propor uma noção-ideia de Etnografia multiespécie, define-a

em sintonia com o surgimento da vida dentro de um conjunto mutável de seres agentes. Por “seres” estamos sugerindo tanto entidades biofísicas quanto formas mágicas que animam a própria vida. Grande parte da literatura considera a etnografia multiespécies focada nas relações de múltiplos organismos (plantas, vírus, humanos e animais não humanos), com uma ênfase particular em compreender o humano como emergente através dessas relações (“tornar-se”). Nós expandimos nossa compreensão da etnografia multiespécies além deste foco em “organismos”. Essa abordagem vem de nossas preocupações sobre a reificação de perspectivas que vêem a vida limitada em corpos...

Em uma narrativa semelhante, na obra intitulada *Humains, non-humains: Comment repeupler les sciences sociales*, Sophie Houdart e Olivier Thiery (2011) apresentam a noção de não humanos que em muito se conecta com a ideia de multiespécie que intentamos formular. Ampliam, sobremaneira, o espectro de análise ao afirmar que “animais, moléculas, objetos técnicos, divindades, procedimentos, materiais, edifícios, todos estes vários ‘não-humanos’ são importantes para os

humanos e não de maneira cosmológica: as relações que temos com eles são um pouco o que somos” (HOUDART & THIERY, 2011, p.7, nossa tradução).

Em texto seminal que introduz a edição especial sobre *Multiespecie studies*, do periódico *Environmental Humanities*, Dooren, Kirskey & Münster (2016, p.1) estabelecem os contornos do que se compreende como estudos multiespécies a partir de uma lógica condominial, histórica e coevolutiva dos seres vivos ao consignarem que

os organismos estão situados dentro de profundas, e emaranhadas, histórias. E assim, para além da mera sobrevivência, formas particulares de vida, em toda a sua diversidade resplandecente, emergem de padrões entrelaçados de viver e morrer, de ser e tornar-se, em um mundo maior. A íntima relação entre uma flor e sua abelha polinizadora é aquela em que ambas as formas de vida são modeladas e se tornam possíveis através de um patrimônio comum, um entrelaçamento que Isabelle Stengers caracteriza como “captura recíproca”. Como tal, elas não simplesmente se encontram – esta abelha e esta flor –, mas, ao invés disso, a sua relação emerge a partir de histórias co-evolutivas, a partir de ricos processos de co-tornar-se. Este co-tornar-se envolve o intercâmbio e o aparecimento de significados, a imersão em teias de significação que podem ser linguísticas, gestuais, bioquímicas e muito mais.

Felipe Vander Velden (2018) advoga que essa multidão de seres vivos possui formas próprias de produção e ocupação de espaço, que desafia fronteiras estatais, demarcações espaciais entre o urbano e o rural, o domesticado e o selvagem, a natureza e a cultura.

Por multiespécie compreendemos o complexo de relações estabelecidas pela multidão de entes que habitam o imaginário e a realidade mundana. Essas relações permitem trocas, fluxos, representações, compreensões e constituições recíprocas dos sujeitos imbricados, da paisagem e dos modos de ser e estar. Essas relações possuem potência para reorientar – ao mesmo tempo que são orientadas por – os modelos ontológicos vigentes – ou rotas ontológicas, se usarmos a terminologia de Descola (2015). Um sistema situado de afetação recíproca que concebe a existência como associações de *co-tornar-se* em dinâmica epistêmica-ecológica-pedagógica-política contínua.

Há um espaço-tempo condominial em que as relações são possíveis e fecundas. Essas relações não são abstratas, senão dimensionadas na concretude do mundo material, assentadas em um contexto geopolítico e histórico. Tampouco são

performadas em sentido idílico como um eterno retorno a um espaço destacado pré-civilizacional, onde residiria o belo, o justo e a contemplação de uma natureza essencializada. O bucólico, o puro e o pastoril romântico não são predicados necessários e existentes em espaços de compartilhamento multiespécies.

Longe de evocar uma simplificação ou redução categorial, a multiespécie dimensiona fatorialmente a complexidade na medida em que tratamos o multiespecífico não como apagamento genérico de entes descorporificados, mas como uma multidão de corpos complexos e situados que empreendem associações intra e interespecíficas.

Lewgoy, Sordi & Pinto (2015, p.79), ao descortinarem a pluralidade inserta na categoria abstrata Animal, fogem do reducionismo categorial a que me refiro ao consignar que

há todo um dispositivo biopolítico classificatório, técnico e informal que separa os animais “selvagens” versus “domésticos”, “domésticos de produção” versus “domésticos de companhia”, “selvagens rurais” (“fauna de conservação” ou “vida selvagem”) versus “selvagens urbanos” sujeitos a controle de zoonoses (ratos, pombos, insetos, etc.) e fauna de conservação em áreas de reserva no interior do meio urbano.

O reconhecimento do entrelaçamento das existências humanas e não humanas trazem à tona uma ecologia política que, a princípio, não elide a violência como um dos princípios organizadores da sociedade, muito embora traga à tona a possibilidade de respostas disruptivas e projetos político-pedagógicos para construir alternativas à violência estrutural do sistema moderno/colonial.

Outro ponto importante é que, ainda no espectro de análise contextual, o Sistema-Mundo Colonial (QUIJANO & WALLERSTEIN, 1992) também projeta um sistema de valores de ordem global às comunidades multiespécies. Os modos de conhecer, ser, organizar e estar, são mediados por dispositivos de uma sociedade específica que (im)põe esse *modus*.

Essa sociedade, como sugere Grosfoguel (2011), tem que ser nomeada: um “sistema-mundo capitalista/ patriarcal/ ocidentalocêntrico/ cristianocêntrico/ moderno/ colonial”. Adiciono a perspectiva especista e neoextrativista como predicativo desse Sistema-Mundo.

Os predicativos do Sistema Mundo Moderno-Colonial são incontornáveis e possuem recursividades relevantes como princípios de poder e controle de sujeitos, relações e culturas. Dar visibilidade ao predicado é dar visibilidade à violência subjacente e, por consequência, evidenciar a possibilidade de subversão. Quando falamos de violência, ponderamos em sentido amplo, para considerar as violências simbólica, epistêmica, física, psicológica etc. As relações ecológicas, interespecíficas e intraespecíficas, são relações políticas, econômicas, jurídicas, éticas, estéticas e metafísicas.

Nesse sentido, o exemplo da etnografia proposta por Anna Tsing é seminal. Seu percurso em busca dos cogumelos Matsutake (*Tricholoma matsutake*), fungos raros e valorizados do ponto de vista econômico, permite a imersão em uma estrutura internacional da cadeia de *commodities* e pensar a rota global do capitalismo na qual encontram-se inseridos estes fungos. Esta espécie de cogumelo, uma iguaria de alto valor comercial apreciada no Japão, emerge nas raízes das árvores, como o Pinheiro Vermelho Japonês. O relato da experiência etnográfica aponta para as paisagens nas quais aparecem os cogumelos, em processo de simbiose com esses pinheiros.

O trabalho da antropóloga permite a compreensão das interações mais que humanas e do próprio mundo humano a partir dos cogumelos, quando afirma que os “fungos são indicadores da condição humana” (TSING, 2015, p.185). É a partir dos cogumelos que a autora analisa as “costuras do capitalismo global” (TSING, 2015, p.194) sem remover os sujeitos do mundo do capital, das classes e da regulação. Sua análise dispensa o bucolismo ou a busca utópica, mas percebe essas costuras como uma abertura ao questionamento.

Outro trabalho que vale a referência é a etnografia de Vander Velden (2018) sobre a circulação de animais silvestres submetidos à rota do tráfico internacional de animais. Evidencia bem como os movimentos, circulações e transações se perfazem em uma rede local de atores do norte do Brasil. O relato etnográfico levado a cabo em Rondônia, na cidade de Porto Velho, busca caracterizar a circulação ilícita da fauna silvestre no país e no mundo, a partir dos encontros e intersecções dos múltiplos sujeitos envolvidos. As interações com pessoas que comercializam e realizam a circulação de animais silvestres e, de outra parte, a relação com os Karitiana, povo indígena de Língua Tupi-Arikém que habita a região, permitiu ao autor adensar as reflexões sobre as razões e motivações que conduzem os sujeitos a esta prática.

Na verdade, a tradição ocidental humanista rejeita ou tem dificuldade em perceber outridades não humanas como presenças e, por conseguinte, rejeita as ideias *multi*, ademais do fato de estarmos em um mundo cujas dinâmicas são performadas de maneira intrinsecamente pluriespecíficas. Assim, acreditamos que o humano posto pela tradição humanista e tal qual compreende-se vulgarmente (monoespecificamente) não existe.

Urge compreender a colonialidade como dispositivo de poder que mina também a comunidade multiespécie, ao forjar um modelo apriorístico e universal do que é o mundo, como se constitui, quais transações se estabelecem, sob que base epistemológica se assenta, que cosmopolítica a rege, qual rota ontológica se estabelece e quais classificações sociais se impõem. Há um mundo (aqui incluído a dicotomia Natureza/Cultura ou Naturezacultura no sentido de Haraway) reduzido e centrado no humano.

No giro multiespécie, a outridade não humana é posta em cena não como um passivo ambiental estático, um pano de fundo cenográfico, mas como projetores de agência. A natureza não é vista de forma morta, destituída de ação, senão em conexão, viva e interatuante (MARRAS, 2018). No entanto, há uma pluralidade de perspectivas e formas de inserir as relações interespecíficas na construção do social.

Há uma série de estudos etnográficos que enfocam as relações entre humanos e demais seres, como os elefantes (LOCKE, 2017), corvos (VAN DOOREN, 2019), onças (SUSSEKIND, 2014), ratos de laboratório (SOUZA, 2013; CARVALHO, 2016), fungos (TSING, 2015b), minhocas e formigas (TAYLOR & PACINI-KETCHABAW, 2015), *Aedes aegypti* (SEGATA, 2016), dendezeiros (LODY, 1992), mandioca (CAMPOS, 2016), as relações entre primatólogos e demais primatas (SÁ, 2013b), extinção de espécies animais (ROSE, VAN DOOREN & CHRULEW, 2017).

As etnografias de comunidades indígenas sul-americanas expõem uma miríade de possibilidades outras de pensar as condições de humanidade e animalidade (GARCIA, 2018). Os sistemas ontológicos propostos por Philippe Descola (2015) e o Perspectivismo-multinaturalismo exposto por Eduardo Viveiro de Castro (2018) dão cabo desta análise.

De acordo com Garcia (2018, p.182),

o que vincula política e epistemologicamente parte da produção etnológica sul-americana atual aos chamados “estudos multiespécies”

é o esforço que ambos empreendem na compreensão conceitual de variadas formas de vida que se correlacionam, sem recorrerem a simbolismos ou sobrecodificações.

A atencividade frente ao regime coletivo de (con)vivência salienta a diversidade como modo constitutivo e abre espaço para modelos de compreensão e de existência interespecíficos das espécies, no sentido proposto por TSING (2015).

As etnografias dos povos ameríndios evidenciam a diversidade de relações que estes estabelecem com entidades não humanas. “As casas são repletas de animais que podem superar o número de seres humanos em uma residência. São macacos, jacus, quatis, jacamins, corujas, araras, tucanos, cotias, pacas, tartarugas, porcos e até filhotes de jaguares, criados pelas mulheres, crianças e, em alguns casos, por homens” (GARCIA, 2018, p.187).

O mundo ameríndio é fundamentalmente um mundo multiespecífico, onde entidades não humanas são percebidas como possuidoras de semelhante substrato de interioridade (DESCOLA, 2015). Compartilha-se, assim, um estatuto de condição comum, geralmente predicativos que o naturalismo ocidental reivindica apenas ao humano. É como se todos compartilhássemos da condição humana ainda que biologicamente não humanos. O elemento de distinção seria dado pela fisicalidade dos entes, uma roupagem que esconde uma essência compartilhada entre humanos, plantas, animais, ancestralidades e deidades.

Garcia (2018) expõe a cosmovisão dos Guajá, comunidade indígena do Maranhão, através da noção de espécies que se interconectam pelo “andar junto”, (*wata pyry*) que traduziria um estar na aldeia em relação com uma diversidade de espécies. A noção de criação é expandida para abarcar atos de cuidado e atencividade interespecíficos. Nesse sentido, para os Guajá, o que se cria, não se come. Garcia (2018) exemplifica diversas relações de criação entre espécies animais não humanos. De forma semelhante a outros povos amazônicos, os Guajá não possuem uma palavra para a categoria *animal*, de um ponto de vista genérico, mas possuem palavras para diferenciar o animal *caçável* (*ma'amiara*) e o animal *criável* (*hajma*).

Outro ponto relevante da cosmologia Guajá, ainda concernente à atencividade multiespécie, diz respeito aos cuidados com filhotes que foram caçados. Os *heimá*, como são chamados, são criados como membros da família: macacos, porcos do mato, cotias etc. As mulheres, inclusive, costumam amamentar os filhotes lactentes. Não há embaraço ou impedimento à amamentação transespecífica, muito em função

da concepção segundo a qual somos todos entes que compartilhamos dos mesmos predicativos de interioridade, desta forma somos todos semelhantes com roupagens externas distintas.

Os Matis, indígenas da Amazônia brasileira, designam *wiwa* os seres familiarizados, aqueles entes animais e vegetais que se inserem no sistema de responsabilização decorrente da esfera de influência humana, aqueles que coabitam os *shobos* (ERIKSON, 2012). Para os Matis, os espaços humanos são concebidos em relacionalidade com os espaços animais e vegetais. “A muda de um cipó estimulante (*tachik*) torna-se, por exemplo, *tachik wiwa* após ter sido transplantada para a proximidade de uma habitação, num local que facilitará sua colheita posterior.” (ERIKSON, 2012, p.18).

Os xerimbabos – animais não humanos inseridos no âmbito afetivo-familiar – são incluídos nos espaços domésticos, “são por vezes enfeitados com miçangas, levados nos braços e, sobretudo, são enterrados após a morte” (ERIKSON, 2012, p.21). Assim como os povos Guajá, as Matis também amamentam os xerimbabos e, assim como procedem com os bebês humanos, oferecem comida pré-mastigada aos filhotes. As cosmologias ameríndias forjam mundos plurais e pluriespecíficos ricos em complexidades e que podem ensinar saberes relevantes ao Direito, saberes estes que foram silenciados historicamente, reputados como epistemologicamente inferiores, incautos e incivilizados.

Há duas dimensões que julgamos relevantes para a compreensão da humanidade em uma acepção multiespécie: somos condição de possibilidade de comunidades multiespécies e, ao mesmo tempo, pertencemos a comunidades multiespécies. Em nossos corpos habitam múltiplas formas de vida que interatuam coletivamente. Cada corporalidade humana é, em si, uma multidão que atua concomitantemente como zona de encontro – e nesse contexto em um sentido próximo à noção de ambiente – e como membro de sua própria comunidade corporal multiespécie – estabelecendo relações simbióticas e parasitárias.

Nesse sentido, cabe a reorientação dos axiomas “os animais são bons para conviver”, “os animais são bons para pensar”, “os animais são bons para comer”, para afirmar também que o animal humano é criatura boa para conviver-dentro (em uma imersão simbiótica e/ou parasitária, como zona de contato) e conviver-com (em um espectro relacional extracorpóreo, em uma zona de contato).

Por outro lado, os padrões de ser, estar, sentir, tornar-se são coconstituídos em uma rede emaranhada de espécies e espécimes. Essa perspectiva apaga, em certa medida (ou ao menos as deixa mais porosas), as dicotomias humano x não humano, natureza x cultura, uma vez que inscreve a multitude de viventes como corresponsáveis recíprocos pela construção de comunidades de (sobre)vivência. Van Dooren, Kirksey & Munster (2016) expõem essa condicionalidade recíproca com o exemplo da relação estabelecida entre a abelha e a flor para afirmar as modelagens de vida através de um patrimônio comum.

Uma das possíveis críticas à perspectiva multiespécie poderia ser o centramento dado à própria noção de espécie. De certa forma, a crítica procede na medida em que há um processo de colonização dos sujeitos a uma moldura previamente determinada pelo *modus* taxonomista de conhecimento científico, artificialmente imposto. Há uma tipologia taxonômica que agrupa entidades pelas similaridades na mesma medida que as separa pelas diferenças. Com isso, não são percebidos os agenciamentos subjacentes às relações, fluxo e trocas.

No entanto, a tentativa não é de superação categorial e negação da noção de espécie. Segundo Garcia (2018, p.195), “a própria ideia de *espécie*, ela mesma, pode ser repensada etnograficamente, sem necessariamente termos que negá-la ou excluí-la. Apenas usá-la como mais uma ‘ficção’ em nossas análises passível de problematização por diversos povos ameríndios”. É justamente nesse sentido que emprego a ideia de *espécie* atrelada ao *multi*.

Como afirma Eduardo Viveiros de Castro (2013, p.3), “a diferença entre as espécies não é, para começar, anatômica ou fisiológica, mas comportamental ou etológica (o que distingue as espécies é muito mais seu etograma – o que comem, onde habitam, se vivem em grupo ou não. etc. – do que sua morfologia”.

Garcia (2018) afirma que *a priori* dois animais não serão da “mesma espécie” apenas pela sua morfologia ou etologia. Para o autor, “etologia e morfologia não são um pressuposto em uma noção ameríndia de espécie, que escapa a um essencialismo característico dessa noção. O caráter relacional (ou relacionalista) é a tônica” (2018, p.200). Esse é o enfoque relacional que o estudo multiespécie tenciona evidenciar em detrimento da fixidez taxonômica.

O estudo multiespécie não se trata propriamente de uma indiferenciação que apaga as especificidades do vivente, senão o reconhecimento da pluralidade de

diversidade e perspectivas-narrativas de mundos que se inserem dentro desse contexto.

Que tipos de realidades emergem quando se desestabiliza a dicotomia natureza/cultura? (SERNA & DEL CAIRO, 2016). E mais, em mundos povoados por entidades com agência, perspectiva de si, do outro e dos mundos, que tipo de normatividades seriam construídas? Como esses entes partilham espaço e paisagem em seus mundos? Qual o papel dispensado ao Direito oficial nessas dinâmicas?

Certas correntes nortistas da Ética Animal (SINGER, 2010) representam os animais não humanos como pacientes morais ao invés de agentes atuantes na vida social. Por consequência os animais seriam vistos com alguém ou algo incapaz de responder. Responder no sentido de emissão de ação direcionada e autônoma. Estariam em estado de passividade, quase que redutível ao estatuto de coisa (ainda que esses autores intentem retirá-los desta condição), mas que seria uma coisa vulnerabilizada capaz apenas de sofrer danos (REGAN, 1998).

O processo de filhotização (INGOLD, 2000) alimenta uma exacerbação da maternagem (LEWGOY, SORDI & PINTO, 2015), mediante uma paixão animalitária (DIGARD, 1999) dispensada a certos animais específicos tidos como *pets*. Esses *pets* seriam ao menos vistos como sujeitos, mas sem agência, destinatários da ajuda animalitária da “causa animal” (PASTORI & MATOS, 2017).

Já uma proposição multiespécie percebe os animais, assim como os dendezeiros (CARDOSO, 2016), como fazedores de mundo²⁶, como possuidores de agência e um estatuto próprio, como atores morais que se relacionam com o mundo e com humanos em um estado de não passividade. Nesse contexto, os animais imprimem sua nota no mundo. Existem, persistem e resistem, opondo resistência intencional aos desígnios humanos, inclusive (HRIBAL, 2003). Há aqui um reconhecimento dos animais como sujeitos corporificados (não necessariamente no sentido estritamente jurídico-dogmático do termo).

O reconhecimento da condição de pessoa ou sujeito atribuível a entes não humanos não estabelece a *priori* uma simetria das relações com humanos, até mesmo

²⁶ De acordo com Cardoso (2016, p.272), “o dendê é planta de urubu, comida de pássaros como o papagaio ou de animais como a paca, óleo e atrator de caça para os humanos, e também para estes últimos fonte de histórias contadas. É interessante compreendermos como o dendê produz suas relações e a textura de seu mundo, seu modo de agir coordenado com ‘outros’ Outros, desafiando fronteiras e limites”.

porque nas esferas de intra-humanidade essa simetria relacional não é factualmente verificável, tão somente fetichizada via estruturas normativas abstratas.

Os termos do debate jurídico sobre o estatuto do “Sujeito de Direitos” são alimentados pelo substrato ontológico que se encontra diluído na tessitura do Social. As sociabilidades tecidas sob um aparato monoespecífico típico do naturalismo ocidental referendou um modelo de sistema jurídico que projeta os animais como recursos afeitos à ideia de coisa ou artefato. De acordo com Lewgoy & Segata, (2017, p.156) o regime ontológico naturalista reduz

uma pluralidade de entes (os animais não humanos) a uma categoria residual da “humanidade”, definida pela inexistência dos traços como razão, consciência e linguagem, que singularizam o humano ... Nesse regime, o estatuto jurídico dos animais oscila entre a ideia de objetos.

A ponderação que colocamos no que se refere à disputa por afirmação e reconhecimento da causa animal é em que proporção os animais são percebidos como sujeitos com agência corporificados ou em que medida não conseguem superar a diferenciação especista que reivindica proteção apenas aos animais desejáveis ou de companhia. Acabariam, assim, por recair no naturalismo ocidental que criticam em suas narrativas? Encontra-se o discurso hegemônico da ética animal cristalizado em uma narrativa de um “humanismo dissociativo [que] cristalizou taxonomias de diferença entre ‘nós’ e ‘eu’” (SÁ, 2013a, p.243)?

A condição de sujeito no sentido multiespécie que propomos é a de um sujeito concreto, corporificado e especificado no espaço-tempo. Não um sujeito abstrato universal como predicado existente *a priori* e de forma indiferenciada a todos aqueles que o sistema jurídico vindica a ficção da condição de *persona* jurídica.

A noção de sujeito em um sentido decolonial e multiespecífico revitaliza e oxigena a discussão jurídica sobre o estatuto das coisas e das pessoas para pensar nas condições de possibilidade para alargar o espectro de proteção projetado na noção de sujeito de direito, para fazer incidir a algumas espécies animais benefícios diretos do sistema de direitos. Retira-se a cristalização e a fixidez das categorias Sujeito de Direito e Pessoa, no sentido jurídico, para compreendê-las como porosas, socialmente negociadas, maleáveis e contingenciadas.

Os pórticos do fórum, desta forma, estão se abrindo aos sujeitos individuais não humanos que reclamam ao Judiciário uma resposta eficiente frente às violações de

suas prerrogativas básicas de direito. Modelos ontológicos e ecológicos definiriam formas diversas de conceber o conceito jurídico de meio ambiente equilibrado. As normas ambientais possuem uma moldura ampla de conformação jurídica em seu processo de concretização. Põem-se em jogo cosmopolíticas e modelos econômicos de desenvolvimento.

4.6. Direitos da natureza e novo constitucionalismo latino-americano

Ainda no contexto das disruptividades atinentes às alternativas cosmopolíticas ao Direito Animal hegemônico, temos os chamados Direitos da Natureza, consignados em países latino-americanos. O NCLA apresenta-se como um movimento constitucional com intenções de disruptividade em relação ao modo hegemônico de constituição de Estado e Direito que podem projetar um modelo multiespecífico de relações jurídicas.

É um movimento constitucional que surge nas últimas décadas nos países latinos e constitui um conjunto de ideias consagradas em algumas Constituições que refletem uma experiência constitucional, em certa medida, desvincilhada do modelo hegemônico eurocentrado e dos moldes americanizados. Ou seja, é um esforço de criação constitucional do próprio Estado de acordo com a realidade local. Abre-se um espaço constitucional para debater as relações entre humanidade e natureza em termos que destoam da ética tradicional da ecologia capitalista, deslocando substancialmente os valores constitucionais subjacentes à produção do Estado para pensar em termos de *Bem Viver* e não de *Viver Bem*.

Os Constitucionalismos Latino-Americanos têm enfrentado, nas últimas décadas, questões até então não plenamente discutidas/inseridas no âmbito dos Movimentos Constitucionais Hegemônicos de raiz eurocentrada. A afirmação dos Direitos da Natureza e a Constitucionalização dos Direitos Animais no continente impulsionam o Direito a reorientar o sistema posto de proteção aos Direitos Fundamentais em uma potencial faceta não antropocêntrica e com possibilidades de correlação com cosmopolíticas locais.

A inserção da questão animal como matéria constitucional pôde proporcionar um balizamento especial do Direito Animal, posto que se tornou matéria hierarquicamente superior e, portanto, um vetor jurídico orientador e condicionador das ações públicas e privadas relativas ao trato das demais espécies animais.

A realidade brasileira é significativa diante desse contexto, uma vez que a Constituição de 1988, ao vedar atos de crueldades oponíveis aos demais animais, tornou-se um marco do pensamento acerca dos Direitos dos Animais. Passou a vislumbrar a possibilidade de espaços jurídicos de reconhecimento do interesse que o animal não-humano possui de ter respeitada sua existência enquanto Ser. Passa, assim, a ser uma porta de entrada para a discussão jurídica da temática.

Em sentido consonante às Constituições do Equador e da Bolívia, vislumbra o reconhecimento dos Direitos da Natureza. Essa inserção pressupõe uma necessária ressignificação do ponto de vista semântico e operacional do Constitucionalismo Contemporâneo para abarcar a proteção animal e dos demais elementos da Natureza sob um ponto de vista não especista-expropriatório.

Com isso, o NCLA pode ter potencial para servir de fundamento para o reconhecimento e desconstrução dos processos de Colonialidade da Animalidade Não Humana, que tem sido utilizada como suporte fático-ideológico de legitimação da exploração dos animais.

Os Movimentos Constitucionalizadores estiveram, e ainda permanecem, enraizados em uma Matriz Colonial que instaurou um modelo de Constitucionalismo não disruptivo, calcado em soluções hegemônicas e ocultação dos processos de vida e realidade situados no tempo e no espaço.²⁷ A historicidade latino-americana foi ignorada na construção de seus processos constitucionais. O modelo Constitucionalismo Moderno fora simbolicamente impingido.²⁸

Haveria um constitucionalismo pré-invasão das Américas - ou uma forma de estruturação política - que se normatiza e modela a organização do poder nas comunidades ameríndias: constitucionalismo Inca, Maia, Asteca etc. Modos de ser e fazer a normatização social e do poder que foram subalternizados, reputados como inexistentes e desimportantes para a conformação dos Estados nascentes.

²⁷ Sobre as realidades jurídico-políticas pré-invasão, ver Mendieta y Núñez (1992), Flores (2009), Kohler (1969).

²⁸ Sobre realidades jurídicas silenciadas e ocultadas pela Matriz Colonial ver, p.ex., Zorrilla & Chimbor (2011), Aleksandar (1996).

Concatena-se à lógica descrita o atual discurso substancialista do constitucionalismo contemporâneo que reivindica a centralidade da chamada dignidade da pessoa humana no sistema de afirmação de direitos. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana seria o epicentro gravitacional do sistema de proteção de direitos fundamentais.

As existências para além do elemento humano foram historicamente desconsideradas e tratadas como bens, propriedades e objetos sujeitos à legítima exploração, conferida pelo Direito estatal.²⁹ O mundo é observado, compreendido e operado em termos humanos, desse modo, o que passa ao largo das bordas antropocêntricas é reputado como não existência, sendo sistematicamente ocultado, silenciado e subalternizado. Nesse sentido, os Direitos Humanos serviriam como uma cláusula de barreira para que a fruição destes valores jurídicos não fosse estendida a outros seres vivos.

Quando a dignidade da pessoa humana torna-se o feixe axiológico do Neoconstitucionalismo, a humanidade é fincada, de uma vez por todas, como baluarte do Direito. Os sentidos do Direito são mediados apenas se submetidos à filtragem do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Diante dessa conjuntura, resta o questionamento acerca da relação que este sistema posto – incluindo o Direito, os sujeitos e as representações sociais – estabelece com animais não humanos, assim como cabe analisar as condições de possibilidades para uma ruptura paradigmática e conseqüente inserção dos animais não humanos no quadro de proteção dos Direitos Fundamentais, sob um prisma não antropocêntrico, não especista e não hegemônico.

Dessa forma, supomos a necessidade de uma construção constitucional não colonial, assim como a reavaliação dos direitos fundamentais de forma antiespecista. Visualizamos a constituição de um Estado plurinacional como ponto de corte frente à história neocolonial e a ruptura com modelos clássicos eurocentrados de democracia, para a tentativa de construto democrático ancorado na realidade latino-americana.

Supomos a construção relacional de sustentabilidade, pondo a natureza como sujeito imbricado nesta relação, que utiliza a Constituição como instrumento normativo de composição do Estado para readequar o contrato social latino-americano em

²⁹ Inobstante esta posição hegemônica, ao longo do século XX há uma larga discussão no âmbito da Ética e da Ecologia em países nortistas sobre a ampliação de consideração para entidades não humanas. Nesse contexto de produção do Norte Global, ver Stone (1972).

termos decoloniais, ou seja, há uma tentativa de desvencilhamento da Matriz Colonial e do repertório jurídico imposto para pensar o jurídico que há nas realidades outras e cosmovisões desconsideradas historicamente.

Dessa forma, os modos e concepções de vida suprimidos pelo poder colonial seriam reavivados pelo constitucionalismo andino. O *buen vivir* figuraria como um corte epistêmico e ontológico ao monismo cultural e jurídico. Uma noção blocada de Estado não teria o condão descritivo e prescritivo social adequado, ante a pluralidade cosmológica e operativa, para lidar com as relações não apropriativas do humano para com a animalidade e a natureza.

Com os breves apontamentos da sedimentação do Direito Animal como campo disciplinar podemos intuir que, inobstante, a valia das conclusões e referências – trata-se de típico modo de conhecer e relacionar parametrizado pela Matriz Colonial. Os conhecimentos produzidos pelo Norte global são reproduzidos pelo Sul de forma simbolicamente coercitiva. Nesse sentido, a Colonialidade do Saber desempenha aqui uma função vital para compreensão e análise.

Há um silenciamento das experiências do Sul global, uma ocultação, inclusive, de cosmovisões que propõem o estabelecimento de relações entre a animalidade humana e não humana menos detrimidas. O conhecimento e a visibilização de uma produção do ser e do saber ancorada nos modos e representações locais evitariam que modelos *pret a porter* fossem postos a forceps.

Questionamos em que medida a importação do bloco epistemológico da Teoria dos Direitos (dos) Animais seria um instrumental útil para lidar com as problemáticas típicas da realidade latino-americana. No entanto, não desconsideramos a relevância teórica, tampouco o empenho intelectual da doutrina anglo-saxã. Pomos em tela, apenas, a máxima segundo a qual toda teoria está inscrita em um lugar e, por via de consequência, é limitada por esse espaço geopolítico de enunciação.

Ou seja, as relações materiais que estabelecemos com a animalidade é situada no espaço e no tempo. Não há modelo universalizante que dê conta de todas as especificidades locais. Desta feita, a incursão nas cosmovisões latino-americanas pode conduzir à conclusão do Novo Constitucionalismo Latino-Americano como movimento constitucional ancorado na realidade local que pode ser uma porta de entrada para enunciação de uma Teoria do Direito Animal própria e autônoma.

A propositura de um Constitucionalismo disruptivo, ancorado nas bases epistêmicas decoloniais parece ser um âmbito de pensamento e ação frutífero para a

discussão das relações da humanidade com a animalidade e demais elementos da natureza em uma perspectiva descolada das noções hegemônicas de propriedade, apropriação e dominação.

Todavia, não propomos uma visão essencializada e idílica da decolonialidade ou do constitucionalismo latino-americano. Visualizamos, apenas, outras portas de entrada para o enfrentamento de dilemas e problemas, desta vez, ancorados nos modos localmente estabelecidos de ser e experienciar o mundo.

A condição de propriedade atribuível aos animais não humanos parte de uma tensão histórica estabelecida entre a fruição dos direitos individuais de propriedade e a proteção ambiental como direito transindividual. Braga & Correa (2012) expõem que com esta tensão tem havido uma supervalorização do instituto de propriedade, mesmo que sob os influxos dos princípios da função social e socioambiental. As relações extrativistas e expropriatórias são legitimadas por essa supervalorização que leva a cabo o processo de Colonialidade da Natureza (LANDER, 2014).

No contexto das realidades dos movimentos disruptivos do constitucionalismo clássico saltam aos olhos a constitucionalização dos direitos da Natureza nas Constituições da Bolívia e do Equador.

A Constituição do Equador inaugura um mandamento até então não visto nas demais estruturas constitucionais dos Estados: a titularização de direitos pela Natureza.³⁰ Consigna em seu preâmbulo a celebração da natureza, a Pachamama. Afirma a necessidade de construção de uma forma de convivência que reconheça a interdependência de todos os elementos da natureza – nela incluídos os animais humanos e não humanos. O objetivo deste redimensionamento do viver é atingir o Sumak Kawsay – o *buen vivir*.³¹

Ademais, o capítulo VII da Constituição apresenta expressamente os direitos da natureza. Em seu artigo 71 fica consignado que a Natureza ou Pachamama, onde é reproduzida a vida, tem direito a que se respeite integralmente sua existência e à manutenção e regeneração de seus ciclos de vida, estrutura, funções e processos evolutivos.

Ainda, atribui direito de representação a toda pessoa, comunidade, povo ou nacionalidade para velar os direitos da natureza constantes na Constituição. Vale

³⁰ Para aprofundamento sobre a temática, ver Zaffaroni (2011) e Oliveira (2013).

³¹ Ver Brandão (2013).

notar que já no art. 10 se visualiza claramente que a natureza é titular dos direitos reconhecidos e atribuídos pelo texto constitucional.

Já a Carta Constitucional Boliviana de 2009 afirma o direito a um ambiente saudável, protegido e equilibrado em uma perspectiva intergeracional, individual e coletiva. O exercício desse direito, ademais de ser marcado pela titularização do humano em caráter social e econômico, tende a reconhecer direitos de outros seres, uma vez que pressupõe a observância dos outros seres vivos, o que faz supor a necessidade de reconhecimento de direitos a esses seres.

Tais perspectivas inauguram uma porta de abertura para pensar e operar de forma disruptiva o Constitucionalismo na América Latina. O reconhecimento da diversidade, através da instituição de um Estado Plurinacional, enriquece o espectro de fundamentação do Direito. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano pode se alinhar com as Epistemologias Decoloniais e estabelecer um pensar jurídico autônomo que irrompe com os monismos culturais e jurídicos que nos foram impostos.

Nesse contexto, há possíveis pontos de encontros conciliatórios entre a Teoria do Direito Animal, a Epistemologia Decolonial e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano para vislumbrar a lide com os dilemas e problemas que tensionam a relação entre animalidade e humanidade. Ou seja, pensar o *localidade* e a *animalidade* de forma conjugada e destacada das imposições da Matriz Colonial pode possibilitar a construção de formatações jurídicas consentâneas com a realidade, ancoradas na historicidade e reconhecedoras das assimetrias impostas pelo capitalismo.

As existências e senciências animais possuem uma geopolítica ocultada que deve ser desvelada para que se permita o pensar jurídico e a operação administrativa e particular de forma não hegemônica. O NCLA se apresenta como um movimento constitucional possivelmente disruptivo que pode vir a estabelecer pontes de abertura ao diálogo e construção de um Direito Animal desvencilhado da matriz colonial.

No entanto, tais práticas devem estar ancoradas nas tipologias da participação política, valores dos atores sociais e ação política apoiadas nas realidades locais, reconhecedoras da alteridade e da diversidade. Assim, intuímos que a experiência constitucional latino-americana provou ser um ambiente fértil para a discussão das questões da bioética animal e dos direitos dos animais de acordo com as características socioculturais da região.

Notem que aqui estamos falando da proteção ao ente coletivo Natureza, não da titularização dos elementos-parte desse todo, ou seja, não é necessariamente intuitivo que nessa perspectiva ecocentrada os animais sejam titulares de direito. Isso porque quando falamos em Direito Animal nos referimos à consideração do animal não-humano como um sujeito-indivíduo que possui o interesse subjetivo de permanecer existindo, gozar e fruir de suas liberdades, e a aspiração de que esse interesse passe a ser juridicamente relevante ao ponto da consideração do animal como sujeito titular de direitos.

A priori o reconhecimento dos direitos da natureza não impediria, por exemplo, a pesca, a caça ou a pecuária, desde que essas atividades fossem empreendidas de forma tal a não macular a existência, manutenção, regeneração dos ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos da natureza. No entanto, preferimos pensar os Direitos da Natureza não de forma dicotômica com o Direito Animal, mas, sim, de modo a buscar espaços de entrelaçamento, pontos de encontro entre as duas perspectivas teóricas e operacionais.

Assim, pensamos ser possível pensar a titularização de direitos pela natureza tendo em vista a importância do “todo”, em uma perspectiva holística, mas que não ignore as subjetividades, de modo que se perceba que as partes que compõem esse “todo” possuem valor intrínseco e interesses subjetivos. Dirimir a tensão entre coletivismo e individualismo por meio de posição dialética de ir e vir que considere o todo como condição de possibilidade de existência do indivíduo, em outros termos, é pensar a humanidade, a animalidade e o ambiente como interligados.

Por fim, cabem alguns questionamentos pertinentes à tentativa de conciliar o Direito Animal, com o Novo Constitucionalismo Latino-Americano e a Epistemologia Decolonial. Nesse contexto, como construir um discurso de resistência para os animais? Como oferecer um espaço/posição onde o animal possa “falar” e ser “compreendido”? Não haveria na relação humanidade/animalidade um risco intrínseco de reprodução das estruturas de poder e opressão: manter o subalterno silenciado? Com superá-lo? Acreditamos que a chave operativa para as indagações perpassa pela fundamentação Decolonial do Constitucionalismo Latino-Americano de forma não especista.

Capítulo 5

Decisões judiciais latino-americanas: pistas textuais da decolonialidade do direito animal

O presente capítulo, diante da diagnose exposta até aqui, pretende analisar como se constroem os discursos judiciais referentes ao reconhecimento da condição de sujeito de direitos aos demais animais e elementos da natureza, especificamente nos casos exitosos levados a cabo na América Latina. Observar como o direito do fórum faz emergir novos sujeitos para uma ordem jurídica posta. A análise que se levou a cabo objetivou verificar a existência ou não de pistas textuais de giro decolonial neste percurso discursivo. Para tanto, nos valem da análise crítica do discurso jurídico (COLARES, 2009, 2017) para se debruçar sobre as decisões judiciais tidas como *leading cases* mundiais do Direito Animal e da Natureza.

5.1. Análise Crítica do Discurso Jurídico no contexto do animalismo latino-americano

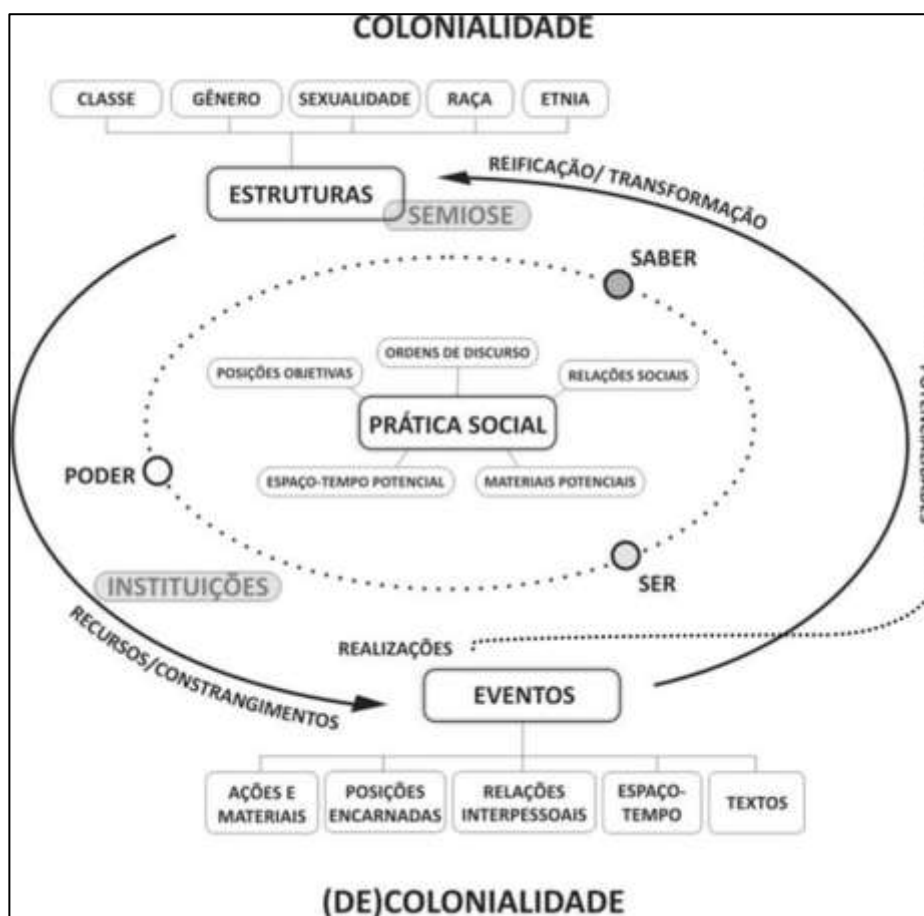
O discurso decisório, enquanto evento autêntico do Judiciário, é mediado pelo seu contexto jurídico específico, pelas institucionalidades, pelos sujeitos imbricados ao texto e pelos instrumentos normativos previamente dados. Essa tessitura contextual influencia a construção das narrativas possíveis em uma Decisão. O discurso jurídico decisório, no sentido proposto por Virgínia Colares (2009), é ideológico, argumentativo e persuasivo. De acordo com Fairclough (1992), todo discurso, seja em maior ou menor grau, para romper com relações de dominação ou para reafirmá-las, é em si mesmo ideológico.

De acordo com Viviane de Melo Resende (2018, p.618), “o uso situado da linguagem, ao produzir textos, que são parte do resultado de eventos sociais, tem efeitos causais, gerando mudanças em nosso conhecimento sobre o mundo”. Essas

mudanças também repercutem em nossas ações e representações sociais, bem como nas ordenações sociais e marcadores da diferença.

A autora forja um mapa ontológico, exposto abaixo, para descrever as estruturas sociais de classe, gênero, sexualidade, raça e etnia que são atravessadas pela linguagem. Salientamos a necessidade de acoplar a esse mapa ontológico uma estrutura social de espécie que media também as práticas sociais.

Figura 6 – Mapa ontológico do funcionamento social da linguagem



Fonte: Resende (2018:619)

As diferenças de fundo argumentativo, conteudístico e ontológicos nas decisões referentes ao reconhecimento de direitos atribuíveis à Natureza enquanto sujeito de direito e aos Animais não humanos, são produtos de atores sociais a partir de suas características de atores ideológicos nas instâncias sociais onde atuam. A Análise Crítica do Discurso objetiva enunciar e desvelar esses sujeitos, descortiná-los do mito da neutralidade (COLARES, 2009).

Algumas decisões que pretendem conferir direitos ou proteger interesses de animais não humanos específicos partem de argumentos e justificações jurídicas com lastro em notas doutrinárias do Direito Ambiental, notadamente do dano ambiental inculido à fauna e à principiologia jurídico-ambiental subjacente.

Partem, igualmente, de textos legislativos inscritos no bojo do universo jurídico vigente e, em certa medida, traçando uma limitação às decisões possíveis do ponto de vista jurídico. Ademais, também se faz presente referências demarcadas de categorias analíticas próprias do discurso de movimentos político-acadêmico-epistemológicos em prol da atribuição de direitos aos animais. Conceitos como senciência, especismo, antropocentrismo, são referentes constantes e incontornáveis (ainda que implícitos) que se alinham a uma fundamentação global e universal do Direito Animal, consentânea com os postulados da Ética Animal nortista.

Já quando analisamos as decisões referentes à titularização de direitos por parte da Natureza há uma narrativa construída com lastro em um corpo teórico e legislativo próprios e que repercute na construção de um léxico específico, uma linguagem própria e um discurso ajustado a essas demandas.

Partimos de duas facetas possíveis para avaliação das potencialidades decoloniais do discurso das principais decisões judiciais que conferem direitos aos entes não humanos no contexto latino: de um lado se as bases epistêmicas e ontológicas que nutrem o texto/contexto da decisão judicial e, conseqüentemente, da concretização normativa promovem um discurso decolonial e, de outra banda, se o decidido repercute materialmente na modulação de relações sociais de forma tal a forjá-las sob uma perspectiva decolonial do Ser, Poder, Saber, Natureza e Animais não humanos.

Dessa forma, nos propusemos a buscar pistas textuais, nos dois casos, para perceber a abertura operativa para a compreensão dos institutos jurídicos de forma a decolonizar o imaginário jurídico, os sujeitos, instituições e normativas. Ou seja, objetivamos compreender a morfogênese da decisão judicial em casos em que emergem novos Sujeitos do Direito.

Tomamos por base o quadro elaborado por Bragatto & Colares (2017) e o respectivo enquadramento teórico-metodológico para efetuar a verificação das camadas do discurso jurídico das principais decisões latino-americanas que versam sobre reconhecimento de direitos atribuíveis a animais não humanos e à natureza. A partir da presença ou ausência dessas categorias demarcadoras do pensamento

decolonial, abaixo mencionadas, podemos analisar se há prevalência dessas noções materializadas na superfície do texto e que possibilitariam a compreensão dessas decisões sob uma faceta decolonial.

Figura 7 – Índícios de decolonialidade no discurso

Alteridade	Exterioridade	Interculturalidade	Pluriversalidade	Empoderamento
Construção simbólica que evoca a presença do outro minoritário numa construção textual que sinaliza sua própria liberdade e livre determinação.	Explicitação de relações de dominação em relação ao sistema social. Reconhecimento da existência de uma classe opressora que possui determinada transcendentalidade sobre as minorias.	Pistas de superação de visões excludentes na busca de integração entre culturas diversas do sistema social.	Reconhecimento do conjunto de cosmologias conectadas que busca, sobretudo, o universal e só é possível através polirracionalidade - "mundo em que vários mundos possam coexistir".	Estratégias discursivas que sinalizam o processo social e político de tomada de consciência por parte dos oprimidos de sua condição de inferioridade da qual se rebelam de forma crítica.

Fonte: BRAGATTO & COLARES (2017:958)

O uso da análise crítica do discurso se justifica na presente tese pela necessidade verificar, na formação discursiva das decisões judiciais latino-americanas que afirmam direitos aos animais e natureza, indícios textuais e discursivos de fundamentação teórica, jurídica, histórica, cultural atinentes à Decolonialidade enquanto campo de conhecimento disruptivo ou se há uma continuidade epistêmica da Ética Animal e Direito Animal nortista que são recepcionados no contexto latino em descolagem com o contexto material e jurídicos específicos.

Bragatto & Colares (2017) empreendem intento estruturalmente similar ao analisar decisão do STF relativamente a grupos minoritários e vulneráveis (ADPF 186/FD), nomeadamente afrodescendentes. Nesta tese partimos de um espoco de análise pós-humano. A análise perpassa pela busca de desconstrução de discursos de subordinação, um discurso decolonial em favor de animais não humanos. Nesse sentido, os animais não humanos são inseridos como grupo minoritário ou vulnerável na medida em que são carentes de poder, em função de estratégias sociais de debilitação de suas identidades.

Assim, demandas judiciais que impliquem grupos ou indivíduos vulneráveis podem sugerir a superação da condição de subordinação. Desta forma, superar a

condição de *não existência* no sentido fanoniano (2008), deveria, em tese, ser a premissa condutora de uma tomada de decisão judicial. Essa dimensão prescritiva do giro decolonial pode estar presente ou não em decisões de demandas judiciais de grupos minoritários.

Os magistrados e tribunais podem assumir categorias decoloniais ao solucionar demandas. Consideramos a decisão judicial como evento autêntico do Judiciário que ao ser considerada uma prática discursiva pode ser apreciada como mediadora entre texto e prática social. Desta forma, pode tanto promover justiça como naturalizar opressões.

A análise crítica do discurso possui uma agenda marcadamente política, assim como a Teoria Decolonial. Objetivam analisar como o poder se manifesta nas estruturas e relações sociais. Desta forma, se importam não só com a desconstrução dos textos, mas também com as consequências materiais do discurso. Desta forma, ao analisar criticamente a decisão judicial intuímos haver uma ideologia jurídica (CORREAS, 1995) que nutre a construção discursiva do Direito.

Cabe pontuar, que a decisão judicial possui um caráter marcadamente intertextual na medida em que absorve e transforma uma série de outros textos (doutrinários, legislativos, jurisprudenciais, etc.). Como salienta Bragatto & Colares (2017, p.957) é “um texto que, à semelhança dos demais, é voz que dialoga com outros textos. As relações inter (trans) textuais funcionam como eco de vozes de seu tempo, da história de um grupo social, de seus valores, crenças, preconceitos, medos e esperanças”. Intertexto é diálogo social que remetem ao funcionamento das relações em contextos geohistóricos culturais, matrizes sociais do discurso.

De acordo com Resende & Santos (2016) “as análises discursivas críticas são textualmente orientadas, isto é, a crítica aos problemas sociodiscursivos que investigamos toma por base análises linguísticas de textos.” Desta feita, o entendimento aqui tomado levou em conta os textos de decisões judiciais.

Buscamos realizar uma reflexão acerca dos caminhos escolhidos pelos sujeitos enunciativos da decisão ao representar os animais não humanos e natureza no contexto processual a fim de fazer emergir novos sujeitos no mundo jurídico.

Para tanto analisamos decisões judiciais que são marcos internacionais com relação ao reconhecimento dos animais e natureza como sujeitos de direitos. A relevância dessas decisões se justifica na medida que são consideradas como as

primeiras decisões no mundo que reconheceram e fizeram emergir no mundo jurídico esses novos sujeitos de direito.

Ademais, o interesse por essas decisões se adensa na medida em que elas se deram em países latino-americanos a despeito de a doutrina majoritária desta expertise ser marcadamente forjada no norte global.

Foram analisados os *Habeas Corpus* concedidos em favor da Chimpanzé Suíça (Brasil) e Cecília (Argentina). Ainda, a decisão no caso circo Portugal (Brasil) e os casos do rio Vilcabamba (Equador) e rio Atrato (Colômbia).

Desta forma, não nos debruçamos sobre decisões judiciais que versam sobre a temática própria do direito animal e direitos da natureza, apenas os *leading cases* que expressamente consignaram a nova condição jurídica de sujeito de direitos atribuíveis a essas entidades. Ou seja, o já largo grupo de precedentes no Supremo Tribunal Federal que discutem a dignidade animal em casos de maus tratos em diversos contextos socio-jurídicos não foram aqui analisados, inobstante sua relevância para a consolidação do direito animal brasileiro.

5.2. O caso de *Habeas Corpus* em favor da Chimpanzé Suíça

No Brasil, o caso Suíça vs. Jardim Zoológico de Salvador (2006) é dos mais paradigmáticos no âmbito da discussão acerca da titularidade de direito por animais não humanos. A Promotoria de Meio Ambiente da Bahia e demais signatários entraram com o pedido de *Habeas Corpus* em favor da chimpanzé Suíça, que à época vivia em confinamento no Jardim Zoológico da cidade de Salvador.

Ao narrarem o *a priori* contextual que forjou a tese jurídica subjacente, Gordilho & Tagore (2012, p.2098) afirmam:

Certo dia, chegando ao meu gabinete, tive uma ideia que mudaria completamente a minha vida: se os grandes primatas podem ser sujeitos de direitos humanos, eles podem ser pacientes em um *habeas Corpus* para defesa de sua liberdade física. Eu residia próximo ao Zoológico de Salvador e como os meus filhos estavam na primeira infância, eu já conhecia os dois chimpanzés que ali se encontravam enjaulados. Chegando ao meu conhecimento que um deles, “Geron”, havia falecido, em 20 de abril de 2005, instaurei, de ofício, o inquérito

civil n. 8/2005 para apurar as condições de vida dos chimpanzés naquele estabelecimento. Em seguida, intimei os veterinários do zoológico para uma audiência, quando eles me informaram que “Geron” havia morrido de câncer, no dia 19 de março de 2005, e que a sua companheira “Suiça” vivia em uma jaula de 73 metros quadrados. A partir daquele momento tomei uma decisão: eu impetraria um *Habeas Corpus* em favor daquela chimpanzé. Embora eu já tivesse em mãos os fundamentos teóricos para o feito, sabia que não poderia tomar aquela atitude sem o apoio de outras pessoas. Sabia que seria insultado e ridicularizado por pessoas que nunca pararam para pensar na condição em que viviam os animais. Passaram-se mais de cinco meses entre a abertura do inquérito civil até a impetração do *Habeas Corpus*, em 19 de setembro de 2005, e várias pessoas contribuíram com o feito, especialmente o promotor Luciano Rocha Santana e o então assistente administrativo da promotoria: Tagore Trajano.

O argumento do pedido tinha como suporte fático os estudos que apontavam que os chimpanzés e os seres humanos possuíam uma carga genética semelhante, compartilhando 99,4% dos genes (GORDILHO, 2009). Com isso, pautou-se a ampliação do sentido da palavra “alguém”, prevista no artigo 647³² do Código de Processo Penal, para que o *Habeas Corpus* também pudesse alcançar a proteção de interesses de primatas.

O caso figura, desde então, como um precedente judicial referência no campo do direito animal no Brasil e internacionalmente, ao passo que buscou efetivar uma das principais reivindicações do movimento abolicionista animal, qual seja, a de que os animais sejam reconhecidos como sujeitos de direitos e com capacidade para serem parte em ação judicial.

Figura 8 - Fragmento I – Caso Suíça

1 **HABEAS CORPUS Nº 833085-3/2005.**
 2 **IMPETRANTES: DRS. HERON JOSÉ DE SANTANA E LUCIANO ROCHA**
 3 **SANTANA - PROMOTORES DE JUSTIÇA DO MEIO AMBIENTE E**
 4 **OUTROS.**
 5 **PACIENTE: CHIMPANZÉ “SUÍÇA”.**

Fonte: elaboração própria, 2019

32 Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar (BRASIL, 1941).

O fragmento I identifica o objeto de estudo desta análise: o chamado, popularmente, caso Suíça. Para fins metodológicos e éticos dispensamos o processo de anonimização. Via de regra, os eventos autênticos do Judiciário, dentre eles as decisões, são documentos públicos disponíveis na íntegra em seus portais eletrônicos.

Ademais, as decisões objetos de análise desta tese tratam de cases cuja repercussão no mundo jurídico precedem-na. Dessa forma, os sujeitos envolvidos são partes integrantes do imaginário jurídico e dos espaços institucionais do fórum, dispensando, assim, o anonimato sem prejuízo à integridade e dignidade dos envolvidos. Procedemos com a numeração das linhas, para realizar a análise do texto sem precisar reproduzi-los.

O texto suprimido desta decisão (linhas 6 – 47) é referente a uma descrição sintética da petição inicial por parte do magistrado. Essas linhas sinalizam o processo de narrativização, ou seja, o relatório da peça judicial que apresenta exigências de legitimação da tomada de decisão ao demonstrar que o magistrado, de fato, debruçou-se sobre as peças processuais para formular sua tomada de posição.

Figura 9 - Fragmento II – Caso Suíça

48 Poder-se-ia extrair, dos próprios tópicos da longa petição inicial, subsídios
 49 suficientes para – “ab initio litis” – decretar-se a extinção do processo e mandar
 50 arquivá-lo, ao argumento de impossibilidade jurídica do pedido, ou por ineficácia
 51 jurídica absoluta do instrumento escolhido pelos impetrantes, ou seja, um H.C.
 52 para transferir um animal do ambiente em que vive, para outro local. Mas, visando
 53 provocar a discussão, em torno do evento, com pessoas e entidades ligadas à área
 54 do Direito Processual Penal, achei mais viável admitir o debate.

Fonte: elaboração própria, 2019

O fragmento II sinaliza pistas textuais de reconhecimento da pluriversalidade como noção ou característica decolonial. Ao admitir (linhas 48-50) que haveria subsídios para decretação da extinção do processo, o magistrado poderia ceifar a discussão a partir de uma narrativa que reforçaria a noção imperial-colonial de sujeito e de Direito, suprimindo os espaços de dialogicidade no processo.

No entanto, a partir de uma ótica de estímulo ao debate, o magistrado abriu a porta para a possibilidade de alternativas cosmontológicas a serem expostas pelas partes do litígio, abrindo a possibilidade de reconhecimento dos animais como sujeitos

de direito. Haveria, assim, a perspectiva de descortinar um mundo no qual vários mundos são possíveis e passíveis de coexistência, demonstrando indícios implícitos de decolonialidade.

Segundo Gordilho & Tagore (2012, p.2100), o magistrado “indeferiu o pedido de liminar e recebendo a peça determinou a citação da autoridade coatora para informações, abrindo um precedente histórico para o mundo jurídico”.

O ato de recebimento, consignado no fragmento ora comentado, além de evidenciar a característica presente da abertura cognitiva ao diverso e ressignificação da dogmática tradicional, assenta-se na consignação de uma alteridade transespecífica, na qual se constrói simbolicamente a evocação à presença do outro não animal como sujeito de direito, um discurso sobre a representação do outro, da capacidade de ser reconhecido como um alguém no mundo jurídico.

Como en el Habeas Corpus es el paciente sujeto de derecho en el caso Suiça vs Zoológico de Salvador el juez tubo que, inicialmente, admitir que si el Writ cumplía las condiciones de la demanda, y para ello tuvo que entrar a analizar se Suiça tenía o no legitimidad ad causam, eso es, si podría o no ser titular de derecho de libertad de locomoción, si el pedido era posible y si el paciente tenía interés de actuar (GORDILHO, 2016).

Ao possibilitar a discussão e o debate, o magistrado exhibe uma abertura para o reconhecimento da diferença e sua conseqüente aceitação. Uma exploração da diferença no sentido dialógico, o reconhecimento como forma de construção de espaços pluriversais em que institutos jurídicos não sejam percebidos como cristalizados, mas sim como dinâmicos e, conseqüentemente, possibilitem discursos jurídicos nos quais a alteridade, além da humana, seja uma possibilidade factível.

Figura 10 - Fragmento III – Caso Suíça

55 **Efetivamente, se trata de caso inédito nos anais da Justiça da Bahia,**
 56 **embora tenha eu conhecimento de que houve um caso, há alguns anos atrás,**
 57 **juizado pelo STF, em que um advogado do Rio de Janeiro, juntamente com a**
 58 **Sociedade Protetora dos Animais, impetrou um Habeas Corpus, para libertar**
 59 **um pássaro aprisionado em gaiola, todavia, o pleito não foi acolhido, tendo o**
 60 **relator, eminente ministro Djaci Falcão se inclinado pelo indeferimento,**
 61 **como o foi, entendendo ele que “Animal não pode integrar uma relação**
 62 **jurídica, na qualidade de sujeito de direito, podendo ser apenas objeto de**
 63 **direito, atuando como coisa ou bem” (STF RHC – 63/399).**

Fonte: elaboração própria, 2019

A decisão judicial é um texto forjado em diálogo com outros textos, um discurso que se constrói em mediação com outros discursos. Os intertextos são utilizados pelo Judiciário como contextos relacionais nos quais matrizes culturais, históricas e sociais do discurso estão presentes. O intertexto funciona, em certa medida, como instância de absorção e enunciação de linhas teórico-ideológicas do Direito que fundamentam e conduzem a construção discursiva e normativa da decisão. Há um caráter persuasivo com base na autoridade normativa do intertexto.

Norman Fairclough (2003) afirma que existem diferentes graus de dialogicidade, tanto do ponto de vista da intertextualidade como da interdiscursividade. Bragatto e Colares (2017, p.957) sintetizam os graus de dialogicidade nos termos seguintes:

(a) uma abertura para a diferença, ou aceitação ou, ainda, reconhecimento dessa diferença; uma exploração da diferença, no sentido mais rico do termo “diálogo”; (b) uma acentuação da diferença, do conflito, da polêmica; uma luta entre os significados, normas e poder; (c) uma tentativa de resolver ou de superar a diferença; (d) uma suspensão da diferença, um foco na igualdade e na solidariedade e (e) um consenso, uma normalização e aceitação das diferenças de poder que suspende ou suprime as diferenças de significado e normas.

Ao trazer como a discussão sobre a possibilidade jurídica de reconhecimento do remédio constitucional do *Habeas Corpus* para outros animais estaria consignada nos precedentes do Supremo Tribunal Federal (fragmento III), o magistrado insere um intertexto cuja dialogicidade é exprimida de forma tal a acentuar o conflito, a polêmica, a luta entre significados, normas e poder, atinentes ao reconhecimento dos direitos dos animais.

O enunciador incorpora um intertexto na voz do Ministro Djaci Falcão como precedente da discussão sobre a possibilidade jurídica de consideração de interesses de animais como sujeitos de direitos, expondo um contrapondo aos argumentos do petítório inicial. Insere-se como contexto estratégico de demonstrar a complexidade do caso a ser dirimido.

Figura 11 - Fragmento IV – Caso Suíça

64 Com 24 anos de magistratura, atuando sempre em Varas Criminais, é este
 65 o primeiro caso que me veio às mãos, em que paciente de Habeas Corpus é um
 66 animal, precisamente uma chimpanzé. Entretanto, o tema merecia uma ampla
 67 discussão, eis que a matéria é muito complexa, exigindo alta indagação, que
 68 importaria em aprofundado exame dos argumentos “prós e contras”, por isso
 69 indeferi a concessão liminar “inaudita altera pars” do Habeas Corpus, preferindo
 70 colher informações para instruir o pedido à autoridade coatora, no caso o Sr.
 71 Thelmo Gavazza, Diretor de Biodiversidade da Secretaria de Meio Ambiente,
 72 concedendo a esta o prazo de 72 horas para fazê-lo. É certo que, com tal decisão

73 inicial, admitindo o debate em relação ao assunto aqui tratado, contrariei alguns
 74 “juristas de plantão”, que se esqueceram de uma máxima de Direito Romano que
 75 assim preceitua: **“Interpretatio in quacumque dispositione sic facienda ut**
 76 **verba non sint supérflua et sine virtute operandi”** (em qualquer disposição
 77 **deve-se fazer a interpretação de modo que as palavras não sejam supérfluas**
 78 **e sem virtude de operar), e também das sábias palavras do saudoso Prof.**
 79 **Vicente Ráo, ao escrever sua monumental obra - O Direito e a Vida dos**
 80 **Direitos:**

81 “Os juristas não devem visar aplausos demagógicos, de
 82 que não precisam. Devem, ao contrário, firmar,
 83 corajosamente, os verdadeiros princípios científicos e
 84 filosóficos do Direito, proclamá-los alto e bom som, fazê-
 85 los vingar dentro do tumulto legislativo das fases de
 86 transformações ditadas pelas contingências sociais, deles
 87 extraindo as regras disciplinadoras das novas
 88 necessidades, sem sacrifício da liberdade, da dignidade,
 89 da personalidade do ser humano”.

Fonte: elaboração própria, 2019

A tessitura textual do fragmento IV sinaliza a estratégia de racionalização como construção simbólica de uma cadeia de raciocínio para justificar o ato que contraria “os juristas de plantão” (linha 74). Salienta-se, aqui, a importância dos intertextos na construção do magistrado. O enunciador dialoga com vozes acadêmicas no campo processual e do direito romano para corroborar uma tomada de decisão que estaria à

margem do *modus* tradicional e hegemônico de decidir em casos como esse. Recorre à estratégia da autoridade de quem enuncia o argumento como tática de afirmação de uma certeza construída com lastro da “melhor doutrina”, técnica largamente utilizada nas peças processuais.

As vozes intertextuais trazidas pelo enunciador não versam propriamente sobre a questão em análise (saber se animais não humanos podem ser parte em uma demanda judicial, nomeadamente paciente de um *habeas corpus*), mas figuram como estratégias voltados a confirmar a atitude do magistrado, de legitimar sua decisão inovadora como inscrita no corpo da ordem jurídica nacional.

Figura 12 - Fragmento V – Caso Suíça

90 Influiu a que fosse admitida a discussão sobre esse tema inédito, as
91 condições intelectuais dos impetrantes, a quem se credita amplos conhecimentos
92 jurídicos, notadamente em se tratando de Promotores de Justiça e Professores de
93 Direito, que ora destaco, dentre aqueles que se apresentam como requerentes,
94 para obtenção deste remédio heróico.

Fonte: elaboração própria, 2019

No fragmento V o magistrado utiliza a voz de autoridade introduzida com a expressão “as condições intelectuais dos impetrantes, a quem se credita amplos conhecimentos jurídicos” para corroborar sua própria posição frente à decisão de ampliar o debate mediante pedido de informações.

Há, em certa medida, um reverencialismo aos sujeitos que impetraram o remédio constitucional, que deixa evidenciar que a força simbólica de quem argumenta representou um papel relevante para a construção da convicção do magistrado.

Figura 13 - Fragmento VI – Caso Suíça

112 Entretanto, com grande surpresa, tomei conhecimento, através de uma
 113 segunda petição enviada a esta Vara Criminal e assinada pelo Senhor Diretor de
 114 Biodiversidade da SEMARH, juntada nas fls. 168 dos autos, recebida na data de
 115 hoje, neste Juízo (dia 27/09/2005), que a chimpanzé "Suíça", paciente neste
 116 Habeas Corpus, veio a óbito no interior do Jardim Zoológico de Salvador,
 117 esclarecendo o comunicante, que o fato lamentável se deu "apesar de todos os
 118 esforços olvidados e mesmo diante dos cuidados sempre existentes com a
 119 chimpanzé". A notícia me pegou de surpresa, causando tristeza, sem dúvida, pois
 120 fiz uma visita incógnita ao Jardim Zoológico de Ondina, na tarde do dia
 121 21/10/2005, sábado passado, e não percebi nenhuma anormalidade aparente com
 122 a chimpanzé "Suíça", embora queira deixar claro que não sou "expert" na matéria.

Fonte: elaboração própria, 2019

No fragmento VI o magistrado dialoga com a peça processual juntada pela autoridade coatora, movimentando-se no grau de dialogicidade referente a um consenso, uma normalização do estado da paciente do remédio constitucional.

Exprime sua consternação com o óbito da chimpanzé, mesmo não percebendo "anormalidade aparente", inobstante não se considerar "expert" no campo do saber da ciência do bem estar animal.

Procura, em meio à alteração material da situação que se apresentou com a demanda judicial, justificar um conjunto de relações, evidenciando o modo de operação da ideologia de legitimação pela racionalização.

Figura 14 - Fragmento VII – Caso Suíça

123 Tenho a certeza que, com a aceitação do debate, consegui despertar a
 124 atenção de juristas de todo o país, tornando o tema motivo de amplas discussões,
 125 mesmo porque é sabido que o Direito Processual Penal não é estático, e sim sujeito
 126 a constantes mutações, onde novas decisões têm que se adaptar aos tempos
 127 hodiernos. Acredito que mesmo com a morte de "Suíça", o assunto ainda irá
 128 perdurar em debates contínuos, principalmente nas salas de aula dos cursos de
 129 Direito, eis que houve diversas manifestações de colegas, advogados, estudantes e
 130 entidades outras, cada um deles dando opiniões e querendo fazer prevalecer seu
 131 ponto de vista. É certo que o tema não se esgota neste "Writ", continuará,
 132 indubitavelmente, provocando polêmica. Enfim. Pode, ou não pode, um primata ser
 133 equiparado a um ser humano? Será possível um animal ser liberado de uma jaula
 134 através de uma ordem de Habeas Corpus?

Fonte: elaboração própria, 2019

No fragmento VII há pistas decoloniais do reconhecimento da interculturalidade como elemento norteador do *decisum*. Isto porque afirma o Processo Penal como não estático e, conseqüentemente, susceptível a mudança. Há pistas de possibilidade de superação de visões excludentes na integração de culturas, posicionamentos diversos e divergentes sobre as relações humanos-demais animais.

Ao comentar as repercussões exteriores à demanda judicial, o magistrado enuncia a complexificação da matéria e possível tentativa de integração entre os membros envolvidos na discussão parajudicial.

Finaliza o argumento lançando questionamento à plateia, deixando propositadamente em aberto a questão da titularidade de direitos por animais não humanos. Mantém a dialogicidade concernente à uma abertura para a diferença, ou aceitação ou, ainda, reconhecimento dessa diferença; uma exploração da diferença, no sentido mais rico do termo “diálogo”.

Figura 15 - Fragmento VIII – Caso Suíça

135 Quanto à decisão final em si, cabe lembrar que, diz o art. 659, do C.P.P.B.:

136 “Se o Juiz ou Tribunal verificar que já cessou a violência ou coação ilegal, julgará

137 prejudicado o pedido”. Assim, equivale dizer que, com a morte da chimpanzé,

138 paciente no caso, o Habeas Corpus perdeu o seu objeto, a sua razão de ser,

139 cessando-se, por conseqüência, o interesse de agir. Eis a doutrina:

140 “Em se tratando de ação, é preciso que exista interesse do

141 impetrante em conseguir o provimento jurisdicional para

142 fazer cessar o constrangimento ilegal, já consumado ou

143 em vias de ocorrer. Por isso, caso não mais subsista a

144 violência ou coação, é natural que uma das condições da

145 ação tenha desaparecido, dando ensejo ao não

146 conhecimento do habeas corpus” (Guilherme de Souza

147 Nucci, Código de Processo Penal Comentado, 2ª Edição

148 2003, página 878). “O julgamento do pedido de habeas

149 corpus, quer pelo juiz singular, quer pelo tribunal

150 competente, pode ser julgado prejudicado, quando se

151 apurar ser irreal o constrangimento alegado: Se o juiz ou

152 tribunal verificar que cessou a violência ou coação ilegal,

153 julgará prejudicado o pedido” (art. 659, CPP) – Habeas

154 Corpus – Heráclito Antônio Mossin, 4ª Edição 1998,

155 página 192.

156 Por outro lado, o art. 267, do Código de Processo Civil em vigor, estatui
157 que extingue-se o processo, sem julgamento do mérito, no seu inciso IV, quando se
158 verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e
159 regular do processo. O Código de Processo Civil também se aplica
160 subsidiariamente, por analogia, à área processual penal, na parte em que for
161 cabível. De tudo quanto foi exposto, sem examinar o mérito, julgo o writ
162 prejudicado e decreto a extinção do processo, determinando o seu arquivamento.
163 Publique-se. Intimem-se e arquite-se cópia autenticada em Cartório.

164 Salvador, 28 de setembro de 2005.

165 EDMUNDO LÚCIO DA CRUZ. Juiz de Direito.

Fonte: elaboração própria, 2019

Vale ressaltar a explanação de Heron Gorgilho e Tagore Trajano (2012) acerca dos efeitos jurídicos da decisão, que se encontra consignadas no fragmento VIII. Salientam que, do ponto de vista processual,

antes de decidir se recebe uma petição inicial, o juiz procede a uma cognição provisória do mérito, analisando os elementos constantes da inicial e os documentos que a instruem, somente determinando a citação da outra parte quando estiver convencido, se *et in quantum*, da veracidade das alegações do autor e da provável procedência do pedido, mesmo porque esta decisão não é um despacho de mero expediente, mas uma decisão liminar de conteúdo positivo e natureza interlocutória. Além disso, foi preciso analisar os pressupostos processuais do feito, decidindo se o seu juízo era competente para julgar o feito e se os impetrantes tinham capacidade processual e postulatória para ingressar com o writ.

Ao fazer esse juízo preliminar de admissibilidade da ação, o juiz fica, a partir de então, impedido de considerar inepta a petição inicial e de extinguir o processo sem julgamento de mérito. Infelizmente, no dia 27 de setembro de 2005, a chimpanzé Suíça faleceu, e o processo foi extinto sem julgamento de mérito, tendo a morte da paciente ensejado o perecimento do objeto, que consistia na coação ilegal da sua liberdade de locomoção. Na sentença final, publicada coincidentemente no dia 4 de outubro de 2005, o próprio juiz admite que poderia ter extinguido o feito, *ab initio litis*, julgado inepta a petição inicial, por impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse de agir em face de uma pretensa inadequação do instrumento processual. Mas não o fez, e ficará na história como o primeiro juiz brasileiro a reconhecer um grande primata como sujeito de direito.

Ainda, procedemos com a feitura de uma nuvem de palavras para indicar a frequência de cada palavra utilizada na decisão judicial. O tamanho de cada palavra

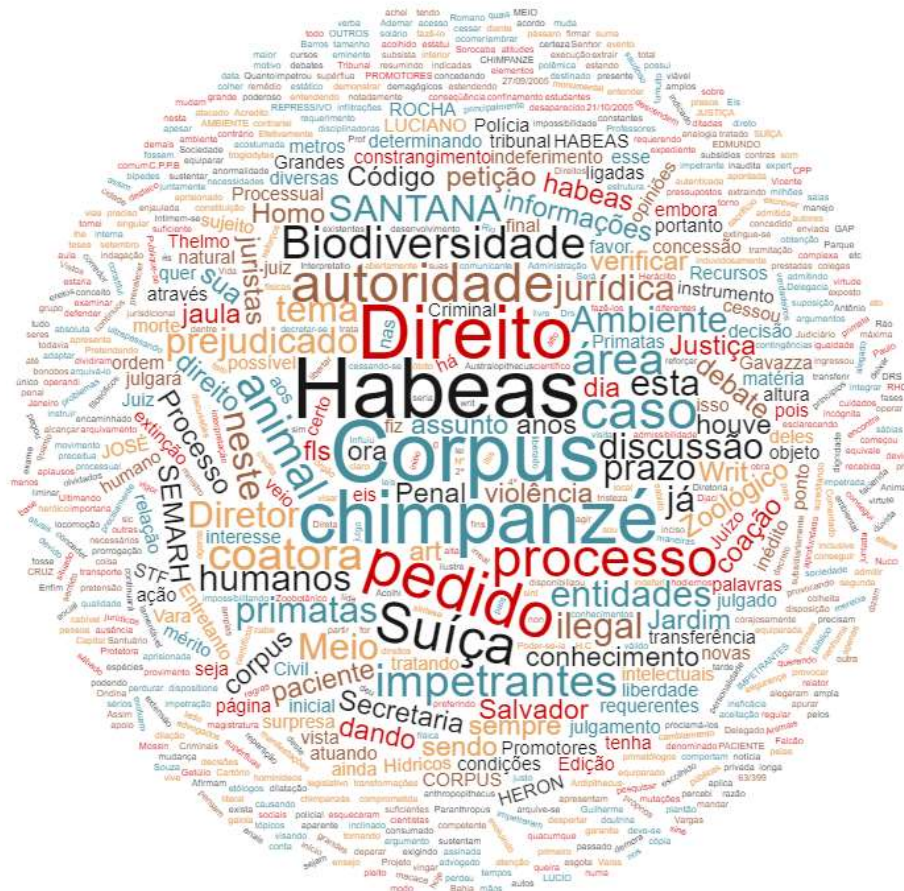
indica sua frequência, de modo que as mais frequentes na narrativa do magistrado são, nesta ordem, “Habeas”, “Corpus”, “Direito”, “Chimpanzé”, “Pedido”, “Suíça”.

A análise da frequência de palavras permite intuir a existência ou não de um léxico específico existente para lastrear a decisão, ou seja, se há um corpo teórico-metodológico de um saber jurídico específico sob o qual versa a demanda judicial. No caso em comento se presta a verificar a existência de um vocabulário próprio do Direito Animal, afinado ou não com os parâmetros epistêmicos da decolonialidade.

A frequência de palavras e as palavras em si não despertam atenção, uma vez que a presença desses vocábulos é esperada e expectável nos textos dessa temática. Na verdade, dentre as palavras mais frequentes a que destoa no contexto desse evento autêntico do Judiciário relativo à restrição de liberdade e à ação própria para fazer ceifá-la, destaca-se a palavra *chimpanzé*. Atente-se que a palavra Suíça, aqui, refere-se à alcunha da Chimpanzé, paciente do remédio constitucional.

A palavra chimpanzé não estar diretamente assimilada às decisões afeitas ao instrumento processual *habeas corpus* justifica-se na medida do intento inicial dos impetrantes, restando compreendida a presença desta palavra, e sua intensidade, no corpo do texto. Pela análise da frequência das palavras, não se encontram presentes pistas textuais explícitas de uma abordagem decolonial.

Figura 16 – Nuvem de palavra – caso Suíça



Fonte: Elaboração própria com recursos do wordsclouds.com

Apesar de não haver intertextos expressos alinhados à matriz de pensamento decolonial, com aprofundamento teórico (dado que a própria natureza jurídica deste tipo de sentença não exige), há pistas textuais implícitas que operam em um sentido pragmático de visualização de reconhecimento de resultantes decisórios que influem em aspectos materiais relevantes para o reconhecimento de posições de proteção de minorias e segmentos vulneráveis da sociedade.

De acordo com Gordilho e Tagore (2012, p.2106),

Assim, o caso Suíça vs. Zoológico de Salvador acabou por se constituir em um precedente judicial histórico, tornando-se um marco judicial do direito brasileiro, ao fazer valer uma das principais reivindicações do movimento pelos direitos dos animais: o reconhecimento dos animais como sujeitos de direito, dotados da capacidade de reivindicar esses direitos em juízo.

A decisão contribuiu para a desconstrução do discurso de inferiorização e submissão desses animais. A construção discursiva evidencia um potencial, a despeito do fim resultante das condições materiais dos sujeitos envolvidos na demanda, para romper com discursos hegemônicos que afirmam os animais não humanos como inscritos em um espaço social de inconsideração de seus interesses e sua dignidade. Há uma leitura da decisão possível e compatível com o discurso decolonial.

O magistrado incorpora em seu discurso decisório a noção de que o reconhecimento de direitos de segmentos vulneráveis não humanos é reivindicação por justiça. A temática do reconhecimento é transversal no discurso decolonial e pode se manifestar marcadamente na possibilidade de alteridade interespecífica, como se apresenta neste caso.

No contexto deste *Habeas Corpus* há um espaço de disputa e conformação dos significados discursivamente construídos para a expressão “alguém”. No caso, o Judiciário “admitiu a legitimidade *ad causam* de um animal não-humano, ou seja, reconheceu-se, ainda que o mérito não tenha sido analisado, que o símio pode ser considerado um sujeito de direitos, tendo a capacidade de ser parte e reivindicar seu direito de locomoção” (ROLLO, 2016, p.177). Como os textos possuem em sociedade efeitos e recursividades causais, a discussão semântica e alargamento ou não da noção “alguém” parece ser sobremaneira relevante para o debate sobre as relações entre humanos e demais animais e possuem potência significativa para construções teóricas e discursivas situadas geohistoricamente e com lastro em cosmologias latinas.

5.3. O Caso do circo Portugal e o reconhecimento dos animais como sujeitos de direito

Os modalizadores são marcadores textuais que evidenciam a atitude do enunciador frente ao que enuncia. Subdivide-se em modalização do enunciado e modalização do enunciador. Esses marcadores podem ser implícitos ou explícitos. Utilizaremos a modalização como categoria para dar conta da compreensão do funcionamento do *corpus* ideológico que nutre o discurso e o texto.

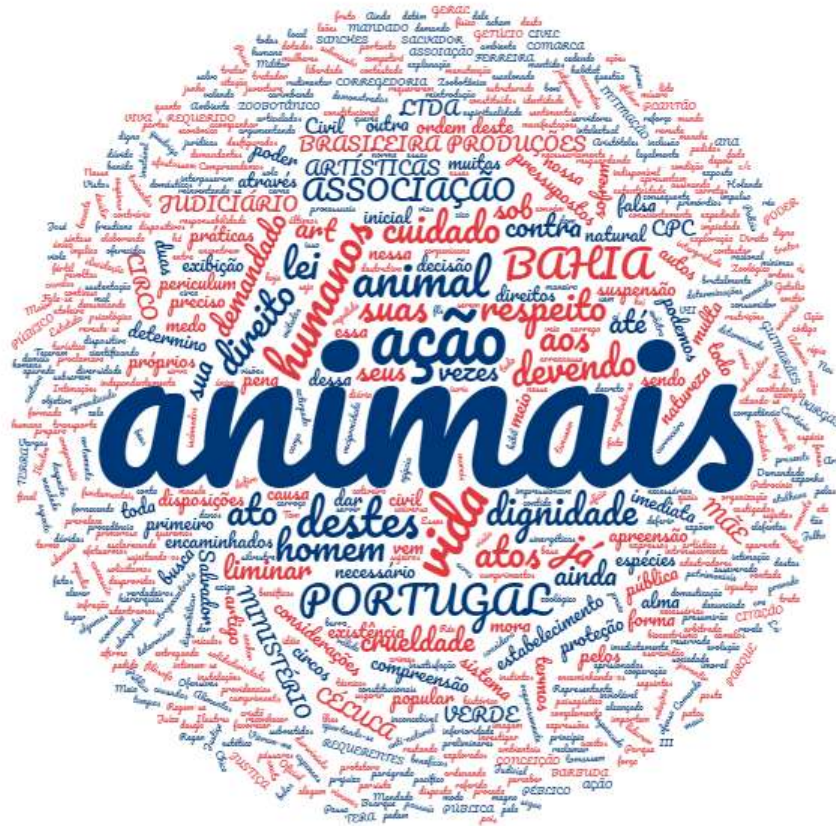
De acordo com Silva & Colares (2006), a modalização consistiria em dispositivos enunciativos pelos quais se construiria um universo de referência partilhada entre enunciador e receptor, sinalizando o ponto de vista, o *locus* enunciativo de quem forja o discurso, bem como uma zona de compartilhamento.

Com lastro em Pinto (1994) podemos classificar a modalização do enunciado como alética, epistêmica, deôntica, ôntica e axiológica. A modalização alética representa um grau de possibilidade. A modalização epistêmica, por sua vez, representa um grau de certeza ou plausibilidade. A modalização deôntica representa um grau de obrigação ou de liberdade. A modalização ôntica representa um grau de facticidade ou de aparência dos estados das coisas descritas. A modalização axiológica representa um grau de adesão.

O caso Circo Portugal (2010) refere-se a uma determinação liminar para a remoção de animais do Circo Portugal, à época instalado no município de Salvador-BA. A magistrada Ana Barbuda, em sede de plantão Judiciário, acatou o pedido liminar em Ação Civil Pública manejada pela promotoria de Meio Ambiente e duas associações protetoras dos animais, Terra Verde Viva e Célula-Mãe.

A decisão da juíza lastreou-se na afirmação de maus-tratos aos animais do circo e, conseqüentemente, descumprimento da lei de crimes ambientais e na consideração até então textualmente inédita no mundo jurídico: a afirmação e reconhecimento dos animais como sujeito de direitos. Dessa forma, ante o ineditismo, analisamos as pistas textuais desta decisão, a fim de buscar elementos fundamentadores em consonância ou não com o discurso decolonial.

Figura 17 – Nuvem de palavra – Caso Circo Portugal



Fonte: Elaboração própria com recursos do wordclouds.com

A nuvem de palavras, acima exposta, evidencia as palavras mais frequentes da decisão em análise. Chama atenção para o fato de “dignidade”, “respeito”, “vida”, “cuidado”, “animais” serem palavras frequentes ao longo do texto. São fruto de uma modalização axiológica na construção discursiva levada a cabo pela magistrada enunciativa da decisão. Percebe-se uma gramática própria aos discursos de afirmação de direitos fundamentais, estipulando certos valores jurídicos que são centrais em Estados Democráticos de Direito. Essas palavras, contextualizadas pelos sujeitos envolvidos, enunciam um discurso de desconstrução de relações de subordinação e marginalização do outro não humano. O léxico em comento pode servir para reforçar o reconhecimento de grupos vulneráveis em sentido multiespecífico.

Figura 18 - Fragmento I – Caso circo Portugal

1 PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
2 CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA
3 PLANTÃO JUDICIÁRIO
4 COMARCA DO SALVADOR – ESTADO DA BAHIA
5
6 AÇÃO CIVIL PÚBLICA
7
8 REQUERENTES: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ASSOCIAÇÃO
9 BRASILEIRA TERA VERDE E ASSOCIAÇÃO CÉLULA MÃE
10 REQUERIDO: PORTUGAL PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA – “CIRCO PORTUGAL”

Fonte: elaboração própria, 2019

O fragmento I apresenta a descrição do caso analisado com a individualização da demanda com as partes envolvidas (linhas 8-10). Dispensamos aqui o processo de anonimização e procedemos com a numeração das linhas pelas mesmas razões aventadas anteriormente. Trata-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual em conjunto com associações protetoras de animais em favor de animais de confinamento, especificamente animais não humanos mantidos em cativeiro no Circo Portugal.

Notemos que o instrumento processual em tela é previsto pela Constituição Federal brasileira e legislação infraconstitucional específica. Podem se valer desse instrumento o Ministério Público e outras entidades legitimadas para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O caso não traz propriamente como pano de fundo primacial a discussão da condição jurídica dos animais. Diferentemente dos casos de Habeas Corpus, onde a condição de ser “alguém” é uma das pressuposições jurídicas primeiras a ser enfrentada, aqui a noção de sujeito de direitos aparece de forma incidental, como argumento que reforça a construção discursiva da enunciativa.

Figura 19 - Fragmento II – Caso circo Portugal

21 Vistos, etc.

22

23 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA
 24 TERRA VERDE VIVA E ASSOCIAÇÃO CÉLULA MÃE, o primeiro através de seu
 25 Ilustre Representante do Meio Ambiente que subscreve a inicial, e os demais por
 26 seus Ilustres advogados, legalmente constituídos, interpuseram Ação Civil Pública
 27 contra PORTUGAL PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA - “CIRCO PORTUGAL”, em
 28 síntese asseverado, argumentando e denunciando práticas de crueldade contra os
 29 animais aprisionados no estabelecimento do demandado, esclarecendo que
 30 mantidos são animais não humanos, como elefantes, leões, cavalos, camelos e patos
 31 quais detém e são dotados de sentimentos e instintos e que essas espécies são
 32 treinadas nos circos através de métodos que expõem a dignidade destes, muitas
 33 vezes são açoitados, castigados, sofrem dor, medo, insatisfação e incômodos.

34 Os demandantes alegam ainda que a domesticação dos animais silvestre é
 35 ato anti-natural, e portanto, em si mesmo, é ato de crueldade. Teceram, ademais,
 36 considerações sobre a o termo animais domésticos, elaborando apurada
 37 explanação sobre o novo direito animal, aportando-se nos dispositivos
 38 constitucionais, no decreto 24.645/34, na lei de crimes ambientais, para
 39 requererem a concessão de liminar no sentido da suspensão imediata da exibição
 40 dos animais pelo circo demandado e a consequente busca e apreensão de todos os
 41 animais que se acham em poder do referido circo, devendo ser encaminhados ao
 42 Parque Zoobotânico Getulio Vargas. Ao final, pedem a procedência da ação com
 43 julgamento sobre os pedidos de fls. 17 e seguintes.

44 Vieram-me os autos.

45 Passo a decidir.

Fonte: elaboração própria, 2019

O fragmento II exprime o ritual cotidiano das decisões judiciais que se constroem inicialmente pela evidenciação do cumprimento de um dos requisitos fundantes da decisão: o relatório. O relatório (linhas 21-44) sintetizam a demanda inicialmente posta, define os limites materiais que foram traçados e judicializados, tornando a parcela de mundo discutida em juízo.

Figura 20 - Fragmento III – Caso circo Portugal

62 Antes de adentramos ao cerne da questão convém efetuarmos algumas
63 mínimas e preliminares considerações que nos servirão de sustentação para a
64 elucidação e compressão do quanto nos é denunciado nessa lida.
65 Como podemos perceber há uma falsa compreensão dos animais não
66 humanos como seres desprovidos de espiritualidade o que acarretou sobre os
67 mesmo uma visão de inferioridade e submissão ao homem.

Fonte: elaboração própria, 2019

No fragmento III, ao fazer uso da expressão “como podemos perceber” (linha 65), a magistrada enunciativa do texto introduz uma afirmação apresentada como supostamente autoevidente e, conseqüentemente, igualmente experienciada e percebida pela comunidade jurídica ou pela plateia de receptores do texto. Esta estratégia discursiva expressa uma atitude epistêmica da magistrada, pois representa um grau de certeza ou plausibilidade.

Faz uso da modalização epistêmica ao criar um universo de referência partilhável entre quem enuncia e os receptores da decisão judicial. Esse espaço em que o partilhável se torna consenso apriorístico refere-se, no texto, à condição de subordinação e inferiorização à qual os animais se encontram, já que eles seriam “desprovidos de espiritualidade” (linha 66). Contudo, a magistrada afirma que essa compreensão, apoiada no senso comum, está equivocada.

No contexto desta decisão, há na superfície do texto indícios de afinação com o discurso decolonial na medida em que se expressa a compreensão de que animais não humanos estariam historicamente colocados em condição de subjugo, uma classe de seres postos em condição de debilidade frente ao poder. Parte de uma construção discursiva do empoderamento como característica decolonial que objetiva a superação das condições de inferiorização de grupos minoritários.

Essa superação passaria, a princípio, pela conscientização da condição de dominação desses grupos e evidenciação dessa matriz de poder colonial. A noção de empoderamento é adensada pela noção de alteridade não humana expressa na frequência de palavras como “dignidade”, “vida”, “cuidado”, “respeito”, “animais”, encontrada na nuvem acima exposta. Referida nuvem esboça, imagetivamente, a força de um vocabulário específico do Direito Animal para reconhecimento de sujeitos não humanos.

Figura 21 - Fragmento IV – Caso circo Portugal

68 Sem dúvida, essa idéia remonta aos primórdios da nossa existência, pois
69 desde antes da era cristã, Aristóteles já proclamava o homem como o único ser que
70 possuía alma intelectual e no seus universo escalonado e imutável um sistema de
71 hierarquias foi estruturado. Tal imagem persiste até hoje, mesmo com todo a
72 evolução corpenicana, darwinista e freudiana, mas vagarosamente o mundo
73 antropocentrismo vem cedendo lugar ao biocentrismo e certamente nos últimos
74 tempos se tem provado a dignidade que carrega o ser animal não humanos, digno
75 de respeito fruto do mais primoroso bem, a vida, verdadeiro dom.
76 Compreendemos que vivemos em um novo tempo onde é preciso dar as
77 razões para a nossa existência que se revela na reciprocidade, na solidariedade não
78 somente entre homens e mulheres, mas de todas as espécies, onde cada um tem o
79 seu valor e se complementa.

Fonte: elaboração própria, 2019

No fragmento IV a enunciadora do texto faz uso do operador argumentativo de indicação de certeza (linha 68). Os operadores argumentativos funcionam como articuladores do discurso, servem como encadeadores dos enunciados, conferindo uma orientação argumentativa específica ao texto. A utilização das expressões “sem dúvida” (linha 68) e “certamente” (linha 73) conduz o receptor ao grau de certeza do que se afirma. Não há espaço para dúvidas e equívocos.

Há outros indícios implícitos de decolonialidade, marcadamente no que se refere à exterioridade, uma vez que há uma clara explicitação de relações de dominação em relação ao sistema social, um reconhecimento da existência de uma classe opressora que possui determinada transcendentalidade sobre as minorias. A juíza deixa claro que esta consideração deve estar inscrita na ordem de certeza do decidido pelo uso de operadores argumentativos de certeza, como “é preciso dar as razões” (linha 76-77) e os já acima mencionados.

Figura 22 - Fragmento V – caso circo Portugal

80 Nesse aspecto já nos impressionava na juventude o poder destrutivo do ser
81 humano como nos cantava Chico Buarque de Holanda “o homem vem aí”, causa para
82 que todos os belos pássaros se afastassem dele e dessa espécie tão racional tivessem
83 medo e tomassem cuidado.
84 É preciso de fato se dar conta que vida implica necessariamente em
85 reconhecer cada uma das suas expressões, de suas manifestações, reinventando-se
86 relações mais benéficas e sinérgicas onde a diversidade seja caminho de
87 cooperação e inclusão.

Fonte: elaboração própria, 2019

A juíza traz a voz de autoridade de Chico Buarque de Holanda ao se referir à condição de dominação como estratégia discursiva para evidenciar um grau de conscientização e crítica pré-existente e embrionária da posição epistêmica e ontológica da magistrada no mundo. Indica uma modalização da enunciação do tipo expressiva, uma vez que deposita juízo de valor ao estado das coisas descritas. O uso de palavras e locuções que expressam valores manifestam textualmente essa modalização.

Há, notadamente nas linhas finais, pistas textuais de afinamento do discurso com a decolonialidade porquanto se afirma um espaço pluriversal, onde o diverso é reconhecido como “caminho de cooperação e inclusão”. Há aqui, implicitamente, notas de discurso decolonial, em que o universal é compreendido como possível mediante a polirracionalidade.

Figura 23 - Fragmento VI – caso circo Portugal

88 A CF e o código Civil apresentam duas visões jurídicas sobre os animais, não
89 nos restando dúvidas de que o Estatuto Maior veio por elevar os animais condição
90 de sujeitos de direitos fundamentais como a vida, a liberdade a integridade física e
91 psicológica.
92 Por força do dispositivo constitucional, independentemente de qualquer
93 outra norma os animais são sujeitos de direito e como tal prevalece como princípio
94 magno o repúdio a qualquer ato que macule ou manche a dignidade da vida destes,
95 por isso qualquer ofensa deve ser banida e a crueldade repelida.

Fonte: elaboração própria, 2019

No fragmento VI a magistrada faz uso da voz de autoridade para reconhecer, mediante operação retórica, a existência prévia no universo jurídico da condição de

sujeito de direitos vindicada aos animais. Fez emergir a condição de novo sujeito do direito pela inferência de que o texto constitucional (não mencionado) expressaria condições teórico-metodológicas suficientes para essa consideração. É, na linha argumentativa da enunciadora, um ato de reconhecimento e não de conhecimento. Já estaria plasmada no ordenamento jurídico brasileiro essa possibilidade.

A magistrada, utilizando-se da voz legislativa, objetiva dar credibilidade em sua fundamentação, além de tirar de si a total responsabilidade pela decisão proferida e transformá-la numa decisão constitutiva da ordem discursiva, da circularidade jurídica.

A expressão “não nos restando dúvidas” (linha 88-89) indica que o entendimento é forjado com um lastro de certeza típico de uma modalização epistêmica. Um fato dado, inequívoco, que dispensaria prova e apresenta-se como estratégia discursiva de produção de certeza jurídica.

Figura 24 - Fragmento VII – caso circo Portugal

96 O mal deve ser extirpado, como nos afirma o filósofo Tom Regan toda
 97 exploração animal é intrinsecamente imoral e viola um direito natural: o respeito.
 98 É com base nesse solo fértil que queremos investigar a causa da proteção
 99 aos animais contida nessa ação que prima por um pedido liminar em que nos são
 100 expressos os pressupostos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Fonte: elaboração própria, 2019

intertexto, a absorção e transformação de um texto do filósofo Tom Regan. Os intertextos, como já salientado, remetem ao funcionamento de relações inscritas em contextos geoculturais. As matrizes sociais do discurso são desnudáveis mediante a ACDJ. Nesse contexto, a doutrina do Direito Animal prevalente evidencia os modos de concepção do Direito e conseqüentes formas de decisão. Apresenta um grau de dialogicidade da intertextualidade que implica em uma tentativa de resolver ou superar a diferença que se constrói mediante argumentação, introduzindo uma voz de autoridade nortista. A metáfora de guerra da expressão “o mal deve ser extirpado” (linha 96) dialoga com a peça inicial do processo, prenunciando a tomada de posição ideológica da enunciadora que terá implicações na decisão a ser tomada no final da peça processual.

Figura 25 - Fragmento VIII – caso circo Portugal

101 Esses pressupostos são demonstrados nos autos de forma veemente. O
102 primeiro, porque submetidos a vontade do homem sobre uma aparente e falsa
103 proteção. Alimentos, por exemplo, são oferecidos aos animais dos circos quando
104 obedecidas as ordens de seus adestradores, do contrário sofrem restrições e as
105 vezes atos de impiedade. O *periculum in mora*, reveste-se na continua escravidão
106 animal, sujeitando-os ao desejo do seu senhor, muitas vezes, são os animais
107 explorados e desfigurados da sua identidade única qual lhes foi reservada pela
108 natureza.
109 Ofensivas são as práticas do demandado às disposições do art. 224, VII da
110 CF, sendo inconcebível a manutenção em destes animais em cativeiro.

Fonte: elaboração própria, 2019

O fragmento VIII fornece a argumentação da magistrada para reconhecer a existência dos fundamentos para um pedido liminar. Preenche o campo semântico e discursivo das categorias jurídicas “perigo da demora” e “fumaça do bom direito” mediante uma gramática afinada com o discurso decolonial. A característica decolonial da Exterioridade se manifesta claramente no fragmento ora comentado, uma vez que é forjada a imagem de relações de dominações entre espécies.

A utilização de expressões como “escravidão animal”, “seu senhor”, “cativeiro” fazem referência mimética à condição da escravidão humano. O mimetismo em tela consiste na presença de características nas relações sociais entre humanos e não humanos que os confundem com a estrutura das relações intra-humanas.

Desta forma, a enunciadora traz à tona a correlação entre escravidão humana e escravidão animal com o objetivo retórico de remeter o receptor da decisão à um estado mental cuja compreensão do *sofrimento, dor e debilidade frente ao poder* do outro não humano é uma possibilidade.

Figura 26 - Fragmento IX – caso circo Portugal

112 Em face do exposto, hei por bem deferir a liminar para determinar a
 113 suspensão imediata da exibição dos animais pelo demandado, ordenando a busca e
 114 apreensão de todos os animais que se encontrem no estabelecimento e instalações,
 115 devendo serem imediatamente encaminhados para o PARQUE ZOOBOTÂNICO
 116 GETÚLIO VARGAS, a quem competirá o cuidado destes até a reintrodução destes no
 117 habitat natural, sob pena de multa diária que arbitro em R\$ 50.000, 00.
 118 Ainda, determino que proceda o Demandado o transporte deste animais
 119 não humanos, até o Zoológico de Salvador, encaminhando-os com zelo e cuidado
 120 necessários em suas carretas e veículos próprios, sob suas expensas, sob pena de
 121 multa no valor já arbitrado, devendo ainda, disponibilizar o tratador dos animais
 122 para efetuar atos que importem no aprendizado e preparo dos técnicos do zoológico
 123 local para lidarem com os animais, resguardando esses em tudo na sua dignidade,
 124 respeito e cuidado inviolável a vida de cada um.

Fonte: elaboração própria, 2019

A modalização diretiva busca do interlocutor um comportamento específico e expresso em conformidade com o enunciado. Modalização típica do dispositivo de decisões judiciais, nas quais se consignam expressões de ordem materializada pelo modo verbal imperativo (linha 118). O operador argumentativo “ainda” (linha 118) indica uma adição de ordenamento que consubstancia o lastro imperativo do decidido.

Assim como evidenciado nos demais casos já mencionados, confirmamos a hipótese segundo a qual o reconhecimento de demandas de animais não humanos passa pela desconstrução de um discurso de inferiorização do outro não humano. A classificação social adjudicada para naturalizar essa subjugação, bem como os marcadores sociais da diferença são postos em cheque pelo *decisum*.

A superfície do texto deixa escapar pistas de decolonialidade, já que diversos argumentos da magistrada se afinam com a teoria decolonial, ainda que não faça expressamente uso de teóricos, léxico e discursos decoloniais. Há pistas implícitas de aderência às pautas do giro decolonial, como a alteridade transespecífica, exterioridade e empoderamento.

5.4. O rio Vilcabamba e os direitos da natureza

Para compreendermos as dinâmicas discursivas estabelecidas no processo sob análise, há de se considerar, inicialmente, o pano de fundo material que lançou as bases jurídicas e políticas para a existência do primeiro caso mundial de reconhecimento pelo Judiciário de direitos materiais atribuíveis à entidade Natureza enquanto sujeito de direito.

Essa contextualidade possui marcas distintas dos casos até então mencionados, uma vez que há no Equador um lastro constitucional explícito que possibilita esse reconhecimento, bem como realidades cosmológicas propícias. Dessa forma, cumpre-nos situar a demanda judicial.

As sessões da Assembleia Constituinte foram levadas a cabo em diversas localidades do país, além da permanente na *Ciudad Alfaro*. A Constituição equatoriana vigente fora aprovada em setembro de 2008, tornando-se um marco jurídico do NCLA. No texto, há a incorporação de cosmovisões andinas que já se fazem sentir em seu preâmbulo quando celebra “a natureza, a Pacha Mama, de que somos parte e que é vital para nossa existência” e invoca a “sabedoria de todas as culturas que nos enriquecem como sociedade”.

De posse deste lastro jurídico, Richard Frederick Wheeler e Eleanor Geer Huddle ingressaram em juízo demandando a observância dos direitos da natureza, protegidos pela Constituição Equatoriana que aduz

Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados.

En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Há, ainda, no texto constitucional disposição expressa que afirma a Natureza como titular de direito. O art. 10 da Constituição Equatoriana afirma

Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

O caso foi apresentado perante o Tribunal Provincial de Justiça de Loja em 30 de março de 2011 com a concessão de uma medida constitucional em favor da natureza, especificamente o rio Vilcabamba, contra o Governo Provincial de Loja.

O caso baseou-se no problema causado pelo projeto de ampliar a estrada Vilcabamba-Quinara, que depositava grandes quantidades de rocha e material de escavação no rio Vilcabamba. Este projeto, que estava em andamento havia três anos sem estudos sobre seu impacto ambiental, violava diretamente os direitos da natureza, aumentando o fluxo do rio e provocando o risco de desastres com o seu crescimento com as chuvas de inverno, causando grandes inundações que afetaram as populações ribeirinhas que utilizam os recursos do rio.

O Tribunal Provincial de Loja decidiu em favor da natureza, particularmente do rio Vilcabamba, na Injunção Constitucional Concedida 11121-2011-0010 que estabelecia, em síntese, que o instrumento processual utilizado era adequado para remediar de forma imediata os danos ambientais com supedâneo no princípio da precaução e que era responsabilidade dos juízes constitucionais inclinarem-se para a imediata proteção e tutela legal dos direitos da natureza. Reconhecia, também, a importância da natureza, levantando a questão dos danos geracionais; o princípio da inversão do ônus da prova, pelo qual os demandantes não deveriam ter que provar a existência de danos, mas o Governo Provincial de Loja, como entidade que administra

a atividade e como réu, deveria ter fornecido prova certa de que o alargamento da estrada não afetaria o meio ambiente e, por fim, que o argumento do Governo Provincial de que a população precisava de estradas não se aplicou, posto que não haveria colisão de direitos constitucionais da população, nem sacrifício deles, porque o caso não questionava o alargamento da estrada Vilcabamba-Quinara, mas o respeito pelos direitos constitucionais da natureza.

Apesar de não tratar expressamente sobre os animais não humanos e debater sobre sua condição jurídica, a decisão é importante para a presente tese já que evidencia como discursivamente emergem novos sujeitos de direitos, historicamente postos em condição de debilidade frente ao poder e que são mediados por aportes teórico-metodológicos situados do ponto de vista da dogmática jurídica latino-americana, com um potencial generativo de práticas sociais disruptivas e afinadas com a teoria decolonial. Além disso, há uma relação possível, já delineada no capítulo 4, entre atribuição de direitos aos animais não humanos e à natureza.

Ainda, de acordo com Virgínia Colares (2013), o discurso tem um poder construtivo tríplice no contexto jurídico-institucional “(1) produz e reproduz conhecimentos e crenças por meio de diferentes modos de representar a realidade; (2) estabelece relações sociais e (3) cria, reforça ou reconstitui identidades.” É dentro dessa perspectiva que os Direitos da Natureza se tornam instrumentos de reflexão relevantes no contexto do Direito Animal na medida em que a emergência discursiva desses novos sujeitos de direitos são produtos encadeados desse poder construtivo tríplice.

Figura 27 – Nuvem de palavra – Caso Rio Vilcabamba



Fonte: Elaboração própria com recursos do wordclouds.com

A nuvem de palavras apresenta os termos mais frequentes da demanda judicial em comento. Evidencia tratar-se de uma demanda de cunho ambiental, notadamente pelas palavras “*naturaleza*”, “*ambiental*”, “*rio*”, “*derecho*”, “*protección*”. A palavra mais frequente remete ao nome do rio, sujeito reconhecido juridicamente e afetado por dano ambiental. Os termos mais utilizados não destoam das terminologias corriqueiramente utilizadas por demandas judiciais ambientais. Nota-se que, a despeito da argumentação em favor da consideração da natureza como sujeito de direitos, o termo “sujeito” não é frequente na decisão.

Figura 28 - Fragmento I – Caso Rio Vilcabamba

1 JUEZ PONENTE: DR. LUIS SEMPÉRTEGUI VALDIVIESO. (Acción de Protección No.
2 010-2011) VISTOS: Ante la señora Jueza Temporal del Juzgado Tercero de lo Civil
3 de Loja, comparece el señor Richard Fredrick Wheeler y la señora Eleanor Geer
4 Huddle, y en ejercicio del Principio de Jurisdicción Universal presentan acción de
5 protección constitucional a favor de la Naturaleza, particularmente a favor del Río
6 Vilcabamba, y en contra del Gobierno Provincial de Loja, representado por el señor
7 Prefecto ingeniero Rubén Bustamante Monteros.

Fonte: elaboração própria, 2019

O fragmento I do texto identifica a demanda judicial a ser solucionada, bem como o juízo competente para enunciar o texto decisório e a entidade Natureza, manifesta pelo Rio Vilcabamba, sujeito a ser protegido pela ação de proteção constitucional. Aqui já se intui um aporte de entrada para a discussão em um possível afinamento com o discurso decolonial sob a perspectiva da Colonialidade da Natureza (Escobar, 2005) e uma possível construção discursiva para desconstruir um discurso de reificação e inferiorização dos elementos naturais.

A enunciação do Rio Vilcabamba como entidade favorecida pela demanda judicial já evidencia pistas de uma construção simbólica que será levada a cabo na decisão e que evoca a presença jurídica do outro minoritário, numa construção textual que sinaliza sua própria liberdade e determinação. A condição de parte processual demonstra o reconhecimento da alteridade transespecífica que mediará o processo decisório.

Para fins metodológicos e éticos dispensamos o processo de anonimização, uma vez que a presente decisão se encontra integralmente disponível e publicizada no portal eletrônico da justiça equatoriana (<http://funcionjudicial-loja.gob.ec/>). Da mesma forma procedemos com a numerização das linhas desta decisão. Optamos por manter os fragmentos em sua língua original.

Figura 29 - Fragmento II – Caso Rio Vilcabamba

7 . - Manifiestan los accionantes: Que
8 hace tres años atrás, aproximadamente, el Gobierno Provincial de Loja, sin estudio
9 de impacto ambiental, depositó en el Rio Vilcabamba, en el sector del Barrio
10 Santorum, piedras y material de excavación extraídos de la carretera que está
11 construyendo entre Vilcabamba y Quinara, con grave daño para la Naturaleza. Que
12 ese depósito en el Río Vilcabamba de piedras y demás material de excavación
13 causó daños enormes cuando las lluvias de marzo y abril de 2009 aumentaron el
14 caudal del Río Vilcabamba. Que en el pasado, con las mismas lluvias nunca habían
15 producido daños considerables a los terrenos que colindan con el Río Vilcabamba.
16 Que esa vez, en cambio, las aguas del Río llevaron abajo miles de toneladas de los
17 desechos de la construcción de la carretera depositados en el Río. Que los
18 desechos de piedras, arena, grava e incluso árboles desmembraron las orillas de
19 manera directa, causando excavaciones muy grandes en sus terrenos, llevándose
20 aproximadamente una hectárea y media de los terrenos con mas valor de la
21 propiedad que poseen en el Barrio Uchima. Que el día domingo cinco del mes y año
22 en curso (refiriéndose a Diciembre del año 2010), nuevamente el Gobierno
23 Provincial de Loja, empezó a depositar en el Río Vilcabamba, en el sector del Barrio
24 Santorum, grandes cantidades de piedras y material de excavación extraídos del
25 ensanchamiento que en ese sector y sin estudio de impacto ambiental hace en la
26 carretera Vilcabamba-Quinara, con grave daño para la Naturaleza, pues al Río
27 Vilcabamba lo está convirtiendo en un botadero de tierra, piedras, arena y árboles.
28 Que esas construcciones pueden causar desastres en el invierno de diciembre del
29 2010 a abril del 2011. Que no existe un estudio de impacto ambiental para la
30 construcción de la referida carretera, menos para botar los escombros al Río.

Fonte: elaboração própria, 2019

O fragmento II apresenta uma síntese dos argumentos trazidos ao processo pelos demandantes. Essas linhas sinalizam o processo de narrativização, ou seja, o relatório da peça judicial que apresenta exigências de legitimação da tomada de decisão ao demonstrar que o magistrado, de fato, debruçou-se sobre as peças processuais para formular sua tomada de posição. A narrativa dialoga com a peça processual inicial, apresentando uma interpretação do que foi expresso pelos acionantes. Dessa forma, também há aqui uma relação de intertextualidade na qual a narrativização já entoa os caminhos a serem percorridos pelo magistrado na construção discursiva de sua decisão. Esboça, assim, como foi compreendida e valorada a peça inicial do processo.

Figura 30 - Fragmento III – Caso Rio Vilcabamba

58 TERCERO: La Enciclopedia Jurídica
 59 Omeba dice: "Personería. Según COUTURE (Vocabulario Jurídico), calidad jurídica
 60 o atributo inherente a la condición de personero o representante de alguien. Es un
 61 americanismo que el Derecho procesal se emplea en el sentido de personalidad o
 62 de capacidad legal para comparecer a juicio, así como también el de representación
 63 legal y suficiente para litigar. Trátase, pues, no solo de la aptitud para ser sujeto de
 64 derecho, sino también para defenderse en juicio." Como se nota, la personería o
 65 legitimatio ad processum es un presupuesto procesal referido única y
 66 exclusivamente a la capacidad para comparecer al proceso, y tenían capacidad
 67 para comparecer a este proceso judicial el Prefecto y el Procurador Síndico,
 68 quienes en conjunto tienen la representación judicial del Gobierno Provincial.

Fonte: elaboração própria, 2019

O intertexto traz a voz de autoridade enciclopédica e evoca a crítica ao conceito de pessoa do ponto de vista jurídico. A enciclopédia jurídica possui uma característica peculiar. Ali se sugere a consignação do estado da arte dos conceitos fundamentais do Direito. Neste intertexto se expõe a voz de Eduardo Juan Couture Etcheverry que, ao comentar sobre o conceito "personalidade", sugere pistas textuais de críticas decoloniais ao afirmar a personalidade como um americanismo empregado pelo direito processual. Esse trecho (linha 61) é uma expressão própria do Giro Decolonial, visto que reconhece haver um fluxo unidirecional no processo discursivo de construção de categorias analíticas do Direito. Há relações de poder sublimadas que fazem com que as noções jurídicas sejam importadas pelos centros euro-americanos de produção de conhecimento científico. Aqui há uma crítica clara à razão colonial e à colonialidade do saber jurídico.

Vale salientar, ainda, que a discussão sobre a legitimação para a causa descrita não se refere à Natureza como entidade processual, mas, sim, sobre o "Prefecto" e o "Procurador Síndico", demonstrando que a afirmação da Natureza como parte legítima torna-se desnecessária diante dos intertextos que a legitimam pela via legislativa.

Figura 31 - Fragmento IV – Caso Rio Vilcabamba

117 - SÉPTIMO: Nuestra Constitución de la República, sin
118 precedente en la historia de la humanidad, reconoce a la naturaleza como sujeto de
119 derechos. El Art. 71 manifiesta que la "Naturaleza o Pacha Mama, donde se
120 reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se le respete integralmente su
121 existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura,
122 funciones y procesos evolutivos.

Fonte: elaboração própria, 2019

O fragmento IV expõe textualmente o lastro legislativo sob o qual se assenta a construção discursiva da decisão ora analisada. Suprime a necessidade de robustecer argumentativamente a tese jurídica da atribuição de direitos à Natureza na medida em que o texto constitucional já o faz e confere segurança jurídica ao juiz enunciador do texto.

Na linha 118 é salientado o ineditismo mundial com relação a esse novo sujeito emergente. A alusão ao dispositivo constitucional objetiva oferecer um terreno propício na decisão para discutir as questões materiais relativas aos danos incutidos ao rio Vilcabamba, já que se consigna o direito da pacha mama de ter seus ciclos vitais respeitados.

Figura 32 - Fragmento V – Caso Rio Vilcabamba

122 - OCTAVO: La importancia de la Naturaleza es tan
 123 evidente e indiscutible que cualquier argumento respecto a ello resulta sucinto y
 124 redundante, no obstante, jamás es de olvidar que los daños causados a ella son
 125 “daños generacionales”, que consiste en “aquellos que por su magnitud repercuten
 126 no sólo en la generación actual sino que sus efectos van a impactar en las
 127 generaciones futuras”. También es oportuno citar lo que el economista Alberto
 128 Acosta, Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, dijo: “Urge
 129 entender que el ser humano no puede sobrevivir al margen de la naturaleza que
 130 por cierto contiene cadenas alimentarias indispensables para la vida de la
 131 humanidad. El ser humano forma parte de ella, no la tienen ahí como si fuese una
 132 ceremonia en la que el ser humano resulta el espectador....Cualquier sistema legal
 133 apegado al sentido común, sensible a los desastres ambientales que hoy en día
 134 conocemos, y aplicando el conocimiento científicos modernos –o, los conocimiento
 135 antiguos de las culturas originarias– sobre como funciona el universo, tendría que
 136 prohibir a los humanos llevar a la extinción a otras especies o destruir a propósito,
 137 el funcionamiento de los ecosistemas naturales. Como declara la famosa ética
 138 sobre la tierra de Aldo Leopold, “una cosa es correcta cuando tiende a preservar la
 139 integridad, estabilidad y belleza de la comunidad biótica. Es incorrecta cuando
 140 hace lo contrario”. En esta línea de reflexión algunas premisas fundamentales para
 141 avanzar hacia lo que se denomina como “la democracia de la Tierra” son: a) Los
 142 derechos humanos individuales y colectivos deben estar en armonía con los
 143 derechos de otras comunidades naturales de la Tierra. b) Los ecosistemas tienen
 144 derecho a existir y seguir sus propios procesos vitales. c) La diversidad de la vida
 145 expresada en la Naturaleza es un valor en sí mismo. d) Los ecosistemas tienen
 146 valores propios que son independientes de la utilidad para el ser humano. e) El
 147 establecimiento de un sistema legal en el cual los ecosistemas y las comunidades
 148 naturales tengan un derecho inalienable de existir y prosperar situaría a la
 149 Naturaleza en el nivel más alto de valores y de importancia. Sin duda esto tendrá
 150 como efecto directo prevenir los daños, repensar muchas actividades humanas

151 cuyo costo ambiental es demasiado grande y aumentar la conciencia y respeto a los
 152 otros. Vendrá el día en que el derecho de la Naturaleza sea, por conciencia de todos
 153 y todas, cumplido, respetado y exigido. Y ojala no sea tarde. Todavía estamos a
 154 tiempo para que nuestras leyes reconozcan el derecho de un río a fluir, prohíban
 155 los actos que desestabilicen el clima de la Tierra, e impongan el respeto al valor
 156 intrínseco de todo ser viviente. Es la hora de frenar la desbocada mercantilización
 157 de la Naturaleza, como fue otrora prohibir la compra y venta de los seres humanos.
 158 (Publicado en la página de la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador el 29
 159 de febrero de 2008. Reproducido en el semanario Peripecias N° 87 el 5 de marzo
 160 de 2008.).

O fragmento V expõe um intertexto que dialoga de forma explícita mediante uma matriz de pensamento decolonial, que percebe alternativas à concepção dominante de natureza e a conseqüente apartação dos humanos a uma condição de superioridade. A reflexão da dicotomia natureza/cultura tem impulsionado a ponderação das relações com a animalidade em sistemas ontológicos diversos do naturalismo ocidental, nomeadamente o Animismo Ameríndio (DESCOLA, 2016; VIVEIROS DE CASTRO, 2014; 2018).

Os intertextos são utilizados pelo Judiciário como contextos relacionais nos quais matrizes culturais, históricas e sociais do discurso estão presentes. Dessa forma, existem intencionalidades ideológicas subjacentes às escolhas dos textos que dialogam com o texto final da decisão.

Isso porque há vozes relevantes que são incluídas, porém, também há vozes importantes que são excluídas. É necessário refletir sobre as diversas formas de inclusão de vozes silenciadas, como poderiam ser inseridas (se direta ou indiretamente) e tecidas com outras vozes em relação ao enunciador do texto. No que tange ao intertexto aqui comentado, percebe-se que ele reforça, sobremaneira, a consideração dos Direitos da Natureza.

O tratamento do ambiente como sinonímia de recurso oferta um alicerce à narrativa do Sujeito Imperial que controla, maneja e transforma a natureza, distanciando a urbe do espaço material natural. O mito civilizatório também se metamorfoseia para transformar natureza bruta em matéria refinada e consumida pela humanidade. A narrativa exposta no intertexto objetiva desconstruir esse discurso que normaliza relações expropriatórias com o ambiente e abre possibilidades decoloniais à medida que afirma espaços pluriversais.

Figura 33 - Fragmento VI – Caso Rio Vilcabamba

245 - Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN
 246 NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA
 247 CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, esta Sala RESUELVE: 1).- Aceptar
 248 el recurso planteado y revocar la sentencia impugnada declarando que la entidad
 249 demandada está violentando el derecho que la Naturaleza tiene de que se le
 250 respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus
 251 ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos;

Fonte: elaboração própria, 2019

O fragmento VI apresenta a parte do dispositivo da sentença, que possui uma estrutura textual fixa. As linhas 245-246 expõem uma estrutura textual pouco comum ao modelo brasileiro de decisões judiciais. O trecho “administrando justicia en nombre del Pueblo soberano del Ecuador” refere-se a uma compreensão do Poder Judiciário como um sistema afeito às relações de representação.

O magistrado se coloca como representante do povo. O enunciador que decide colocar-se em uma relação de representação, e não como um poder destacado do povo, carente de legitimação democrática. A seguir (linhas 246-247), reconhece o poder do magistrado como inscrito no âmbito estrito da legalidade e constitucionalidade. Estabelece um limite à construção textual, um balizamento em diálogo com os textos legislativos e constitucionais.

O caso referente à atribuição de direitos ao rio Vilcabamba oferece, na superfície do texto, pistas expressas e explícitas de marcadores teóricos e dogmáticos alinhavados à matriz de pensamento decolonial. Diferentemente dos casos relativos à concessão de *habeas corpus* a primatas (Cecília e Suíça), na construção discursiva da decisão torna-se despiciendo ao magistrado enunciador a discussão acerca da condição jurídica da Natureza e seus entes, isso porque em sede constitucional há dispositivo textual expresso que confere a condição jurídica de sujeito de direito e, em certa medida, neutraliza as tensões subjacentes à essa discussão.

Dessa forma, sob os eflúvios do Novo Constitucionalismo Latino-Americano foi forjada uma Constituição que se amolda e é confortavelmente aplicada no contexto da matriz de pensamento e ação decoloniais. Os indícios de decolonialidade do discurso são fundamentos de existência e legitimação dessa Carta Constitucional.

A dialogicidade dos intertextos presentes na decisão evidencia bem essa matriz de pensamento. Alteridade pós-humana, pluriversalidade, empoderamento, exterioridade e interculturalidade são marcas do processo constituinte que culminou no texto constitucional de 2009 e encontram-se presentes no texto da decisão. Assim, o discurso decolonial torna-se possível pelo próprio substrato epistêmico e ôntico do sistema jurídico vigente naquele país.

Os contextos socioculturais das cosmovisões ameríndias também mediam a construção da decisão de forma tal a plainar em um espaço de relativo consenso teórico-argumentativo. Por isso não há necessidade do magistrado se alongar na legitimação da tomada de posição frente ao reconhecimento jurídico dessa entidade pós-humana. De acordo com Câmara & Fernandes (2018, p.224),

O protagonismo de países como Bolívia e Equador, que até então, possuíam pouca expressividade no cenário internacional, se deu a partir de processos de mobilizações políticas e sociais, que suplantaram a “alienação do lugar” – da reflexão e instrumentalização dos espaços a partir de necessidades que lhes são estranhas – (SANTOS, 2014, p. 80) e passaram a uma reflexão endógena, de si e para si, acerca de seus próprios rumos, viabilizando o resgate da cultura e das cosmologias tradicionais, culminando na constitucionalização de direitos reconhecidos à Natureza.

Essa diferença encontra-se superada pela própria legislação vigente, o que não é o caso dos HCs comentados, nos quais a discussão da condição jurídica de sujeito deve ser defendida, argumentada, convencida e afirmada.

5.5. O reconhecimento de Cecília como sujeito de direito não humano

Em 2015, a Associação de Funcionários e Advogados pelos Direitos dos Animais da Argentina (AFADA) ingressou em juízo, na cidade de Mendoza, pleiteando, via *habeas corpus*, a soltura da chimpanzé Cecília do zoológico onde vivia.

A primeira sentença que, via remédio heróico, conseguiu obter reconhecimento jurídico da condição de sujeito de direitos não humanos a um primata, assim como o

efeito material desejado, qual seja, a soltura de Cecília e sua destinação a um santuário no Brasil.

Em abril de 2017 Cecília chegou ao Brasil e instalou-se na cidade de Sorocaba-SP, para viver em um santuário de primatas. A chimpanzé argentina foi o primeiro animal não-humano libertado por meio de *habeas corpus*. O pedido concedido pela justiça argentina partia do argumento de que a chimpanzé não era objeto e se encontrava em condições precárias no zoológico, na cidade de Mendoza.

A configuração de relações interespecíficas no contexto dos jardins zoológicos, já discutida no item 4.4, possibilitou a construção discursiva favorável à impetração de *habeas corpus* em favor de animais de confinamento.

No caso de Cecília, emerge a construção discursiva do conceito “sujeito de direito não humano”. De acordo com Ciméa Barato Bevilaqua essa construção afirma

essa diferença outra que a decisão de uma juíza argentina fez emergir, em novembro de 2016, ao admitir um *habeas corpus* em favor de uma chimpanzé e declará-la formalmente um “sujeito de direito não humano”. A sentença alcançou grande repercussão internacional. Aos cerca de 30 anos de idade, vivendo solitária no zoológico de Mendoza, a chimpanzé Cecília foi saudada com entusiasmo por ativistas e juristas como o “primeiro animal juridicamente personificado”.

Figura 35 - Fragmento I – caso Cecília

1 EXPTE. NRO. P-72.254/15
 2 "PRESENTACIÓN EFECTUADA POR A.F.A.D.A RESPECTO DEL CHIMPANCÉ "CECILIA" -
 3 SUJETO NO HUMANO"
 4
 5 Mendoza, 03 de noviembre de 2016
 6
 7
 8
 9 **Y vistos:**
 10
 11 Estos autos nro. P----72.254/15 arriba intitulados iniciados en este Tercer Juzgado
 12 de Garantías a fin de resolver la acción de habeas corpus en favor de la Chimpancé
 13 Cecilia, interpuesta por el Dr. Pablo Buompadre, Presidente de A.F.A.D.A., con el patro-
 14 cinio letrado del Dr. Santiago Rauek,

Fonte: elaboração própria, 2019

O fragmento I apresenta a descrição do caso analisado e remete a ações realizadas sobre os autos que se apresentam como excertos textuais corriqueiros presentes em todas as decisões judiciais. A linha 9 expressa que os autos foram vistos e detidamente analisados pela enunciadora. A individualização da demanda com as partes envolvidas (linhas 11-14) também fazem parte da circularidade do discurso jurídico.

Como já salientado no caso Suíça, também se dispensou aqui o processo de anonimização e procedemos com a numeração das linhas pelas mesmas razões aventadas anteriormente. Entre as linhas 17-121 a magistrada relata as razões expostas no petítório inicial. Entre as linhas 123–219 apresenta uma extensa descrição dos atos processuais consignados nos autos processuais. Dada a extensão do documento analisado (42 páginas no total), inserimos apenas os principais fragmentos da decisão e que projetam maiores significações para os fins desta tese.

Figura 36 - Fragmento II – Caso Cecília

249 “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para
 250 el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades
 251 presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de
 252 preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer,
 253 según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a
 254 la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio
 255 natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación
 256 ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos
 257 mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que
 258 aquéllas alteren las jurisdicciones locales...”
 259 El “derecho al ambiente” es un “derecho de incidencia colectiva”.

Fonte: elaboração própria, 2019

Inicialmente, a enunciadora do texto constrói sua narrativa com arrimo no texto da Constituição Nacional argentina. Traz no fragmento II parte expressa do art.41 que se refere à concepção do Direito Ambiental como direito de incidência coletiva. A magistrada, segundo Ciméa Barato Beviláqua (2019, p.50),

lançou mão de um antigo adágio que afirma a prerrogativa do magistrado de alterar a qualificação jurídica dada aos fatos pelos requerentes: *iura novit curia* ou, literalmente, “o tribunal conhece o direito”. Esse passo inaugurou uma sucessão de transformações: do direito penal ao direito ambiental; dos direitos individuais aos direitos coletivos; da propriedade ao patrimônio.

Essa sucessão de transformações argumentativas já se faz sentir no fragmento II, quando a enunciadora do texto traz à baila o texto constitucional sobre direitos de incidência coletiva e faz uso da voz de autoridade para expressar uma afirmação que exprime certeza incontestada: o direito ao ambiente é um direito de incidência coletiva.

Figura 37 - Fragmento III – Caso Cecilia

281 El art. 41 CN incorpora una noción amplia de "ambiente", que incluye, junto al
 282 patrimonio natural, los valores culturales y la calidad de la vida social.
 283 En cuanto al primero, téngase presente que la orangutana Cecilia integra la fauna
 284 silvestre de nuestro país y que, por tanto, está comprendida en el alcance de la ley
 285 nacional 22.421 de pro-tección de la fauna silvestre, a la que adhirió nuestra Provincia
 286 mediante la ley 4602.
 287 Adelantémonos a recordar que el art. 3° de la ley 22.421 dis-pone que a los fines de
 288 la ley se entiende por "fauna silvestre" a los animales "bravíos o salvajes que viven bajo
 289 control del hom-bre, en cautividad o semicautividad".
 290 Pues, bien, el art. 1° de la ley declara "de interés público" la protección y
 291 conservación de la fauna silvestre.

Fonte: elaboração própria, 2019

Já no fragmento III a Juíza precisa inserir a "orangutanga Cecilia" no âmbito de incidência da proteção do Direito Ambiental. Essa construção discursiva passa, primeiramente, por afirmar a noção ampla de ambiente para afirmar Cecilia dentro do âmbito da fauna silvestre argentina, "uma afirmação à primeira vista incongruente com o caráter não autóctone de sua espécie" (BEVILAQUA, 2019:51). Todavia, para ajustar essa aparente incongruência, a magistrada lança mão do art. 3 da lei 22421 que dispõe do campo semântico da noção de fauna silvestre e que abarca seres postos em condição de confinamento. Ao colocar Cecilia no escopo de proteção da referida lei, a magistrada produz o efeito jurídico esperado em sua construção discursiva, qual seja, reconhecer a legitimação processual da AFADA, "uma vez que a proteção da fauna silvestre é de 'interesse público' e obrigação de 'todos os habitantes da nação'" (BEVILAQUA, 2019:51).

Figura 38 - Fragmento IV – Caso Cecilia

296 Advierte Tawil que "adhiriéndose a una concepción amplia del concepto de medio
 297 ambiente ... la cláusula constitu-cional ha puesto a cargo de las autoridades la obligación
 298 de proveer tanto a la preservación del patrimonio natural como del cultural..." (Tawil,
 299 Guido S. "La cláusula ambiental en la Constitución Nacional", en Estudios sobre la
 300 reforma consti-tucional, Cassagne, Juan Carlos (dir), Buenos Aires, Depalma, 1995,
 301 página 21, en página 50).
 302 Dice Mariana Valls, refiriéndose al pasaje en el que el art. 41 CN impone a las
 303 autoridades el deber de proveer a la protección del patrimonio natural y cultural que
 304 "adhiriendo a una con-cepción amplia del ambiente, habilita al Estado a regular en ma-
 305 teria de ... b) lugares históricos y culturales, zoológicos y jardi-nes botánicos, entre
 306 otras" (Valls, Mariana, Derecho Ambiental, Ciudad Argentina, 1999, pág. 40)

Fonte: elaboração própria, 2019

No fragmento IV a enunciadora incorpora intertextos nas vozes de Tawil e Mariana Valls como forma de referendar a sua posição previamente estabelecida acerca de uma noção ampliada do ambiente, dialogando com aspectos relevantes do ponto de vista da decolonização da Natureza. Os intertextos são inseridos em um contexto estratégico, como argumentos de reforço e afirmação. Movimentam-se no grau de dialogicidade da intertextualidade que implica em uma tentativa de resolver ou superar a diferença que se constrói mediante argumentação, introduzindo vozes de autoridade doutrinária. Esta técnica discursiva é extensamente utilizada ao longo da sentença.

Figura 39 - Fragmento V – Caso Cecilia

397 Ahora bien, ¿cuál es en nuestro caso el bien o valor colectivo, comprendido en el
 398 amplio objeto del derecho al ambiente y cuál es el “interés general” que el juez está
 399 llamado a proteger de manera efectiva (Arg. Art. 32 ley 25.675)?
 400 Entiendo que en el caso que me ocupa se trata del bien y valor colectivo encarnado
 401 en el bienestar de Cecilia, integrante de la “comunidad” de individuos de nuestro
 402 zoológico.
 403 Ello porque Cecilia tanto pertenece al patrimonio natural (ley 22.421) como, en la
 404 medida de su relación con la comunidad de humanos, integra –en mi opinión---- el
 405 patrimonio cultural de la comunidad.
 406 Por una y otra razón su bienestar atañe al resguardo de un patrimonio colectivo.
 407 Asimismo, integra la calidad de vida de la comunidad, hace a su equilibrio psicofísico
 408 (fallo “Morales, Víctor H. citado) que ese patrimonio sea protegido o, lo que es lo mismo,
 409 que Cecilia goce de bienestar.

Fonte: elaboração própria, 2019

Além de demarcar, no fragmento V, o pertencimento a um valor coletivo, encarnado no bem-estar de Cecília, a magistrada adensa suas percepções para considerar Cecília como inscrita na comunidade, como um patrimônio cultural. Há aqui pistas textuais de abertura ao discurso decolonial e de desconstrução da condição de inferiorização de Cecília. Há um reconhecimento de alteridade multiespecífica. Ademais, de acordo com Beviláqua (2019, p.51), essa construção discursiva “permitiu a transformação de Cecília em ‘patrimônio natural e cultural da comunidade’, permitiu contornar alguns dos problemas legais e processuais advindos de sua condição de ‘coisa’ na codificação civil”.

Mediante os operadores argumentativos “*entiendo*” (linha 400), “*en mi opinión*” (linha 404) retoma para si a responsabilização da voz de autoridade. Utiliza-se da

condição de poder decididor para suprimir quaisquer dúvidas sobre a rota ontológica e epistêmica que a magistrada segue em sua decisão.

Figura 40 - Fragmento VI – Caso Cecília

556 Es una obligación de los
 557 operadores jurídicos ubicar los actos jurídicos y administrativos llevados a cabo por las
 558 autoridades del Estado Provincial en el momento histórico en que se sucedieron. Ello
 559 sin emitir un juicio de valor moral o reproche sobre aquellos actos.
 560 El Zoológico de la Provincia de Mendoza fue creado el 18 de mayo de 1903 mediante
 561 la promulgación de la Ley nro. 30 del año 1897. Es decir, las autoridades de hace más de
 562 un siglo atrás previeron la incorporación de distintas especies de animales en los
 563 recintos y jaulas del zoológico provincial. Así las cosas, fue-ron reunidas especies de
 564 osos, tigres, monos, chimpancés, aves, elefantes, etc., en las instalaciones del zoo.
 565 Sin embargo, no podemos soslayar que, como regla de experiencia innegable, las
 566 sociedades evolucionan tanto en sus conductas morales, pensamientos y valores como
 567 así también en sus legislaciones. Hace más de un siglo atrás muchos de los derechos
 568 individuales que hoy en día se encuentran expresamente reconocidos por las
 569 constituciones de los distintos países y por los Tratados Internacionales de Derechos
 570 Humanos eran ignorados y, en algunos casos incluso, inadvertidos por la sociedad o,
 571 peor aún, denostados como los derechos concernientes a la perspectiva de género.
 572 En la actualidad podemos ver cómo se ha tomado conciencia de situaciones y
 573 realidades que, aunque suceden desde hace un tiempo inmemorable, antes no eran
 574 conocidas ni reconoci-das por los actores sociales. Tal sería el caso de la violencia de
 575 género, del matrimonio igualitario, del derecho igualitario del sufragio, etc. Idéntica
 576 situación sucede con la conciencia sobre los derechos de los animales.

Fonte: elaboração própria, 2019

O fragmento VI apresenta a modalização epistêmica, que se caracteriza pelo grau de certeza do afirmado. Os modalizadores são marcadores textuais que evidenciam a atitude do enunciador frente ao que enuncia. Dessa forma, ao afirmar que haveria uma “regla de experiencia innegable” (linha 565), a magistrada evidencia essa modalização.

Nesse contexto, o grau de certeza é expresso pela inexorabilidade da evolução das sociedades que se manifestariam nas alterações de valores, pensamentos, condutas morais e legislações. Opera, dessa forma, para justificar a concepção do remédio constitucional a Cecília, que estava há 30 anos em confinamento no Zoológico de Mendonza. Se não houvesse mudança das condições materiais, haveria nas condições epistêmicas e ontológicas que nutrem a ação.

Ainda neste fragmento, evidenciam-se marcas textuais decoloniais, notadamente quando a magistrada realiza um paralelismo entre as condições de

inferiorização dos animais com situações já vivenciadas pelas mulheres e a consequente tomada de conscientização da opressão.

Esta marca atravessa o discurso decolonial que supõe a conscientização da colonialidade como *modus* estruturante das sociedades contemporâneas, como passo primeiro para a construção de discursos disruptivos e emancipadores. Encontra-se presente a característica do empoderamento à medida que a enunciadora traça estratégias discursivas de conscientização e politização social das opressões multiespécies.

Figura 41 - Fragmento VII – Caso Cecília

609		En nuestro
610	caso, la situación de hecho denunciada hace imperativo el dictado de una resolución	
611	judicial que proteja el valor colectivo en juego. La actividad que deteriora o daña el	
612	núcleo de valores y bienes colectivos comprendido en la amplia noción de ambiente	
613	debe cesar cuanto antes.	

Fonte: elaboração própria, 2019

No fragmento VII, ao discutir se o remédio constitucional *habeas corpus* seria o instrumento idôneo a solucionar a demanda, a juíza reconhece o dever de solução de um litígio que feria valores e bens coletivos a partir de uma percepção ampliada de meio ambiente. Esta noção ampliada objetiva evitar danos a valores coletivos que se conectam com a noção latina de decolonização da natureza e de como essa decolonização implica no reconhecimento da alteridade não humana e seu respectivo valor enquanto sujeito social, passível de significação jurídica.

La colonialidad de la naturaleza, tal vez va más allá de la colonización de ésta, deberá entenderse como la manera en que se construyen discursos hegemónicos y excluyentes con respecto a quienes tienen el derecho de conocerla y explotarla, de protegerla y resguardarla. Tal vez en la irracionalidad de la racionalidad occidental, como lo ha planteado Dussel (2001), no cabe hoy en día admitir la presencia de pueblos enteros que se niegan a relacionarse con el mundo natural agredido por la avalancha tecnológica, desde su reducción a la posibilidad de ser solamente una mercancía más. (ALBÁN; ROSERO, 2016, p.30)

Figura 42 - Fragmento VIII – Caso Cecilia

677 Clasificar a los animales como cosas no resulta un criterio acertado. La naturaleza
678 intrínseca de las cosas es ser un objeto inanimado por contraposición a un ser viviente.
679 La legislación civil sub---clasifica a los animales como semovientes otorgándoles la
680 “única” y “destacada” característica de que esa “cosa” (se-moviente) se mueve por sí
681 misma.

682 Ahora bien, es una regla de la sana crítica--- racional que los animales son seres
683 sintientes en tanto les comprenden las emo-ciones básicas. Los expertos en la materia
684 coinciden de forma unánime en la proximidad genética que tienen los chimpancés con
685 los seres humanos y agregan que estos tienen capacidad de razonar, son inteligentes,
686 tienen conciencia de sí mismos, diver-sidad de culturas, expresiones de juegos mentales,
687 manifestacio-nes de duelo, uso y fabricación de herramientas para acceder a los
688 alimentos o resolver problemas sencillos de la vida cotidiana, capacidad de abstracción,
689 habilidad para manejar símbolos en la comunicación, conciencia para expresar
690 emociones tales como la alegría, frustraciones, deseos o engaños, organización
691 planificada para batallas intra---específica y emboscada de caza, poseen habilidades
692 metacognitivas; poseen estatus moral, psí-quico y físico; poseen cultura propia, poseen
693 sentimientos de afecto (se acarician y se acicalan), son capaces de engañar, usan
694 símbolos para el lenguaje humano y utilizan herramientas. (Ver fs. 200/209, 214/234,
695 235/240)

696 Resulta innegable que los grandes simios, entre los que se encuentra el chimpancé,
697 son seres sintientes por ello son sujetos de derechos no humanos. Tal categorización en
698 nada desnatura-raliza el concepto esgrimido por la doctrina. El chimpancé no es una cosa,
699 no es un objeto del cual se puede disponer como se dispone de un automóvil o un
700 inmueble. Los grandes simios son sujetos de derecho con capacidad de derecho e
701 incapaces de hecho, en tanto, se encuentra ampliamente corroborado según la prueba
702 producida en el presente caso, que los chimpancés alcanzan la capacidad intelectual de
703 un niño de 4 años.

Fonte: elaboração própria, 2019

O fragmento em comento apresenta “uma detalhada exposição das capacidades cognitivas, emocionais e culturais dos grandes primatas, que só se diferenciariam em grau das capacidades humanas” (BEVILÁQUA, 2019, p.54). Esta exposição dialoga com os argumentos expostos na peça inicial, bem como com as perícias realizadas no bojo do processo.

Faz uso de operadores argumentativos que objetivam anular qualquer sorte de dúvidas relacionadas ao percurso discursivo da magistrada. A utilização das expressões “resulta inegable” (linha 696), “es una regla de la sana crítica racional” (linha 682), “coinciden de forma unánime” (linha 684) conduz o receptor ao grau de certeza do que se afirma.

Com o grau de certeza construído e esboçado explicitamente neste fragmento, a magistrada lança um terreno fértil e possível para arrematar seu argumento, afirmando categoricamente que os grandes símios são sujeitos de direito com

capacidade de direito e incapacidade de fato (linhas 700-701). Ao assim dispor, há elementos suficientes para obter pistas textuais de argumentação decolonial no sentido de reconhecimento de alteridade não humana. Emerge discursivamente um sujeito do ponto de vista do direito argentino que até então não existia.

Figura 43 - Fragmento IX – Caso Cecília

704 Los grandes simios son sujetos de derechos y son titulares de aquellos que son
705 inherentes a la calidad de ser sintiente. Esta afirmación pareciera estar en
706 contraposición con el derecho po-sitivo vigente. Pero solo es una apariencia que se
707 exterioriza en algunos sectores doctrinarios que no advierten la clara incohe-
708 rancia de nuestro ordenamiento jurídico que por un lado sostiene que los animales son cosas
709 para luego protegerlos contra el maltrato animal, legislando para ello incluso en el
710 campo penal. Legislar sobre el maltrato animal implica la fuerte presunción de que los
711 animales “sienten” ese maltrato y de que ese sufrimiento debe ser evitado, y en caso de
712 producido debe ser castigado por la ley penal.

Fonte: elaboração própria, 2019

No fragmento IX a enunciadora justifica a atribuição da condição de titulares de direito a grandes símios, argumentando em favor da não contraposição dessa afirmação com o direito vigente. Na verdade, tentará extrair dos textos legislativos já vigentes elementos que corroborem com sua construção discursiva. Exemplifica com a legislação de maus tratos, na qual o bem jurídico tutelado, segundo a juíza, seria o animal próprio, já que quem sente é que pode ser maltratado. Uma construção argumentativa com uma cadeia de raciocínio para justificar que seu ato não contraria a ordem vigente.

Um lineamento argumentativo é apresentado nas linhas 704-705, atrelado ao discurso hegemônico do Direito Animal, quando se utiliza a categoria analítica “senciência” como norte epistemológico para caracterizar os símios como sujeitos de direito. Dessa forma, a sentiência é utilizada como fonte normatizadora do discurso decisório.

Figura 44 - Fragmento X – Caso Cecília

724 segunda vertiente teórica es la que podemos denominar ecología profunda y da
 725 fundamento al trabajo de Zaffaroni citado en el fallo de la C.F.C.P. Parte de la base de la
 726 hipótesis Gaia del Teólogo Leonardo Boff según el cual "La tierra es un organismo vivo,
 727 es la Pachamama de nuestros indígenas, la Gaía de los cosmólogos contemporáneos. En
 728 una perspectiva evolucionaria, nosotros, seres humanos, nacidos del humus, somos una
 729 única realidad compleja. Entre los seres vivos e inertes, entre la atmósfera, los océanos,
 730 las montañas, la superficie terrestre, la biósfera y la antropósfera, rigen interrelaciones.
 731 No hay adición de todas esas partes, sino organicidad entre ellas. Esta naturaleza o
 732 Pachamama como organismo vivo es para esta teoría titular de derecho y
 733 consecuentemente persona..."(MUÑIZ, Carlos M., "Los animales ante la Ley. De Objetos y
 734 Sujetos", Ed. La Ley, AR/DOC/594/2016)

Fonte: elaboração própria, 2019

O fragmento ora analisado dispõe de um intertexto na voz de Carlos Muñiz. Ao discorrer sobre a construção doutrinária do Direito Animal, a magistrada apresenta algumas correntes epistêmicas de fundo animalista e traz à tona o intertexto que, por sua vez, enuncia a voz de Leonardo Boff. Apresenta, também, resgates de cosmologias latino-americanas quando se refere à Pacha Mama e à conexão do humano com as demais entidades naturais. Aqui se esboçam pistas textuais explícitas de decolonialidade. A dialogicidade do texto com os intertextos move-se no sentido de uma suspensão da diferença, com foco na igualdade e na solidariedade.

Figura 45 - Fragmento XI – Caso Cecília

949 **Resuelvo:**
 950
 951 I.---- HACER LUGAR A LA ACCIÓN DE HABEAS CORPUS interpuesta por el Dr. Pablo
 952 Buompadre, Presidente de la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos
 953 de los Animales –A.F.A.D.A., con el patrocinio letrado del Dr. Santiago Rauek.
 954 II.---- Declarar a la chimpancé Cecilia, actualmente alojada en el zoológico de la
 955 Provincia de Mendoza, sujeto de derecho no humano.
 956 III.---- Disponer el traslado del chimpancé Cecilia al Santuario de Sorocaba, ubicado
 957 en la República del Brasil el que deberá efectuarse antes del inicio del otoño, conforme
 958 lo acordado por las partes.

Fonte: elaboração própria, 2019

O fragmento XI refere-se à parte do dispositivo de sentença que expressa uma ordenação, na qual é anunciada a aceitação do *habeas corpus* em favor de Cecília, seguida da declaração de Cecília como sujeito de direito não humano e a consequência material desse reconhecimento, que implica no traslado da chimpanzé

para um santuário, no Brasil. Vale salientar a relação ambígua que a sentença produz frente ao par conceitual coisa/pessoa. Bevilaqua (2019) expõe essa ambiguidade ao afirmar que

essas novas formas de pessoa têm em comum um aspecto fundamental, que também demarca sua principal diferença em relação às pessoas preexistentes no universo jurídico argentino: a “pessoa não humana” é (entre outras coisas) uma pessoa que é simultaneamente “coisa”. Esta condição a distingue, em primeiro lugar, da pessoa humana, uma diferença que os argumentos sobre a semelhança entre humanos e grandes primatas contribuem para evidenciar. Afasta-a, em seguida, de outras formas de personalidade jurídica, na medida em que a pessoa jurídica, humana ou não, é definida sobretudo por sua qualidade de não coisa, isto é, pela impossibilidade de ser apropriada como bem, correlativa à prerrogativa de se tornar proprietária. Já a “pessoa não humana”, sendo também coisa, não pode possuir outras coisas.

A despeito das ambiguidades referidas, o efeito material perseguido pela ação constitucional manejada promoveu, apesar da consideração ou não de Cecília como sujeito de direito, o reconhecimento da situação de inferiorização e subjuogo experienciada por Cecília em seu confinamento no zoológico de Mendonza e a consequente retirada de Cecília desta condição. Do ponto de vista material, o efeito propiciado demarca um campo decolonial possível e do ponto de vista textual, há pistas implícitas e explícitas de corte epistêmico decolonial. O processo de personificação jurídica de Cecília expressa o reconhecimento da alteridade multiespecífica baseada no empoderamento enquanto prática de conscientização das opressões.

5.6. O rio Atrato como sujeito de direito biocultural

O rio Atrato se estende por 750 quilômetros, das Cordilheiras dos Andes ao Golfo do Uraba, no mar do Caribe. Desta extensão, 500 quilômetros são navegáveis, de modo que o rio figura como uma das principais vias de comunicação do departamento Chocó, região colombiana com 46.530 km² e quase 500 mil habitantes humanos. Possui, assim, importância econômica, tradicional e cultural para essa região.

Há uma historicidade subjacente à relação que a população ribeirinha estabelece com o rio. Ademais, atividades ilegais de exploração florestal e de mineração também assolam o local, ameaçando a vida do próprio rio, os que dele dependem e o equilíbrio ambiental da região.

Nesse contexto, a entidade da sociedade civil Centro de Estudos para a Ciência Social Tierra Digna manejou uma ação em defesa do rio Atrato. Referida organização não governamental representou alguns conselhos locais: Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomopoca), la Asociación de Consejos Comunitarios de Bajo Atrato (Asocoba), el Foro Iner-étnico Solidaridad Chocó (FISCH), dentre outros. Foram demandados a Presidência da República e órgãos públicos. De acordo com Câmara & Fernandes (2018, p.227),

por meio de uma ação de tutela proposta por diversas entidades da sociedade civil organizada a Corte Constitucional Colombiana, proferiu a sentença T-622 de 2016, lavrada pelo magistrado Jorge Iván Palácio e acolhida na íntegra pelos demais membros da Corte, na qual reconheceu o rio Atrato como sujeito de direitos e impôs sanções ao poder público em razão da omissão quanto aos atos de degradação causados por uma empresa contra o rio, sua bacia e afluentes, localizados da cidade de Chocó.

O caso foi decidido pelo Tribunal Constitucional colombiano, que por meio da pena do juiz Jorge Ivan Palácio, estabeleceu precedente na a história judicial do país ao conceder direitos a um rio e afirmar contundentemente que a terra não pertence ao humano, mas o humano que pertence à terra.

A Corte Constitucional concluiu que o rio Atrato é um tipo de vida que favorece outras formas de vida e suas culturas. Essa constatação geraria um desafio especial de proteção já que implicaria no dever de proteger, conservar, administrar e restaurar para garantir também os direitos das comunidades que estabelecem relações com o rio. Ainda, ao reconhecer os direitos bioculturais do rio Atrato, a Corte perfilhou os meios para que as comunidades administrem e tutelem de forma autônoma sob seus territórios os recursos naturais que conformam seu habitat.

Chama atenção o caso do rio Atrato, uma vez que seu reconhecimento como sujeito de direitos parte de uma construção discursiva distinta do caso Rio Vilvabamba (Equador). Apesar dos efeitos materiais terem sido semelhantes, os percursos ideológicos, argumentativos e persuasivos enfrentados pelos enunciadores das duas decisões pautaram-se em pontos de partida distintos.

No caso do Rio Atrato tratou-se de construir uma narrativa judicial que fez emergir um novo sujeito de direito, a exemplo do que aconteceu com o habeas corpus em favor de Cecília. Isto porque na Colômbia não há dispositivo constitucional ou infraconstitucional que reconheça expressamente a condição de sujeito de direitos a entidades não humanas, nomeadamente animais ou demais elementos da natureza.

Dessa forma, o discurso decisório não propriamente reconheceu uma condição jurídica previamente dada, senão construiu bases normativas para que esse novo sujeito de direito viesse à tona no ordenamento jurídico colombiano. No caso equatoriano, como já salientado, há uma construção legislativa e doutrinária que já enuncia a presença jurídica desse eu não humano (rio Vilcabamba).

Tanto é que há uma distinção substancial com relação ao conteúdo das decisões e a forma discursiva de se decidir. Enquanto a sentença concernente ao rio Atrato possui 196 laudas, a sentença do rio Vilcabamba possui 6 laudas. Inclusive, dada a densidade de conteúdo presente no instrumento decisório, restringiremos à análise aos principais fragmentos que ajudam a desvelar potenciais pistas textuais de decolonialidade. De toda forma, remetemos o leitor à leitura completa da sentença, se assim quiser, ao fim desta tese, em seus anexos.

Figura 46 - Fragmento I – O rio Atrato como sujeito de direito biocultural

7888 Precisamente, el desafío más grande que tiene el constitucionalismo
 7889 contemporáneo en materia ambiental, consiste en lograr la salvaguarda y
 7890 protección efectiva de la naturaleza, las culturas y formas de vida asociadas a ella
 7891 y la biodiversidad, no por la simple utilidad material, genética o productiva que
 7892 estos puedan representar para el ser humano, sino porque al tratarse de una
 7893 entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones
 7894 culturales, son sujetos de derechos individualizables, lo que los convierte en un
 7895 nuevo imperativo de protección integral y respeto por parte de los Estados y las
 7896 sociedades. En síntesis, solo a partir de una actitud de profundo respeto y
 7897 humildad con la naturaleza, sus integrantes y su cultura, es posible entrar a
 7898 relacionarse con ellos en términos justos y equitativos, dejando de lado todo
 7899 concepto que se limite a lo simplemente utilitario, económico o eficientista.

Fonte: elaboração própria, 2019

O fragmento I oferta pistas textuais de decolonialidade implícita, pois remete o receptor do texto a um espaço epistêmico onde se torna possível projetar uma vivência

com entidades não humanas (natureza, seus integrantes e modos de viver), reconhecedora das alteridades e agências não humanas.

Além de se conectar com as noções não produtivistas de sociedade, nomeadamente as cosmovisões andinas e ameríndias, também abre portas cognitivas para uma noção de vida multiespécie, a qual se rompe com a “bagagem conceitual exclusivista e monoespecífica” (SÜSSEKIND, 2018, p.161) que adjudicou a oposição analítica de superioridade do humano frente aos demais animais e elementos da natureza. Aqui se propõe uma sinergia onde os agentes sociais são reciprocamente coconstituídos.

Pensar o multiespecífico significa quebrar a ideia de um ambiente estático, palcospicadeiro de um sujeito focal ou específico moderno, um Eu-cartesiano pousado nos ombros dos gigantes. Trata-se da compreensão de que esse “todo” é na verdade um plexo de ecologias de seres atuando de forma relacional e dinâmica, em continuum modelador. Este modo de pensar as relações multiespécies em um sentido decolonial pode ser extraído de forma latente do trecho que afirma que o rio Atrato é “entidade vivente composta por outras múltiplas formas de vida e representações culturais”. Há um eixo de afetação recíproca entre seres que se encontram e se interpelam.

O fragmento refuta textualmente a visão reducionista e instrumental da natureza para adjudicá-la a condição de persona no âmbito jurídico. “Essa visão dos direitos da Natureza, sem relacioná-la com a exploração humana, sem considerá-la um mero recurso, transcende aquela historicamente considerada de predomínio da Humanidade sobre todas as coisas” (SILVA & KROHLING, 2019, p.57).

Figura 47 - Fragmento II – O rio Atrato como sujeito de direito biocultural

7901 En efecto, la naturaleza y el medio ambiente son un elemento transversal al
 7902 ordenamiento constitucional colombiano. Su importancia recae por supuesto en
 7903 atención a los seres humanos que la habitan y la necesidad de contar con un
 7904 ambiente sano para llevar una vida digna y en condiciones de bienestar, pero
 7905 también en relación a los demás organismos vivos con quienes se comparte el
 7906 planeta, *entendidas como existencias merecedoras de protección en sí mismas*.
 7907 Se trata de ser conscientes de la interdependencia que nos conecta a todos los
 7908 seres vivos de la tierra; esto es, reconocernos como partes integrantes del
 7909 ecosistema global -biósfera-, antes que a partir de categorías normativas de
 7910 dominación, simple explotación o utilidad. Postura que cobra especial relevancia
 7911 en el constitucionalismo colombiano, teniendo en cuenta el principio de
 7912 pluralismo cultural y étnico que lo soporta, al igual que los saberes, usos y
 7913 costumbres ancestrales legados por los pueblos indígenas y tribales³¹¹.
 7914

7915 Precisamente, en relación con la riqueza natural y cultural de la nación, el
 7916 artículo 8º de la Carta Política establece como obligación fundamental del Estado
 7917 y de la sociedad velar por el cuidado de nuestras riquezas naturales y culturales.
 7918 Adicionalmente, en el capítulo de derechos colectivos (artículos 79 y 80) y
 7919 obligaciones específicas (artículo 95-8), se establecen los parámetros generales
 7920 que orientan la relación entre el ser humano y su entorno vital: *natural,*
 7921 *ambiental y biodiverso*. En este sentido, como consecuencia de las atribuciones
 7922 consagradas en cabeza del Estado, de la sociedad y de los particulares en los
 7923 artículos arriba reseñados, se establece la obligación de proteger el medio
 7924 ambiente con el fin de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental,
 7925 procurando su **conservación, restauración y desarrollo sostenible**. En palabras
 7926 más simples: *la defensa del medio ambiente no sólo constituye un objetivo*
 7927 *primordial dentro de la estructura de nuestro ESD sino que integra, de forma*
 7928 *esencial, el espíritu que informa a toda la Constitución Política*³¹².

Fonte: elaboração própria, 2019

O fragmento II enuncia bases decoloniais típicas do novo constitucionalismo latino-americano. Afirma o constitucionalismo colombiano como assentado nos princípios do pluralismo étnico e cultural, bem como de saberes tradicionais. Movimenta-se de acordo com a pluriversalidade e interculturalidade, ao passo que busca a integração de culturas diversas a partir da polirracionalidade.

Há na voz do magistrado enunciador do texto traços implícitos de um discurso alinhado com as noções e autores que propõem um redimensionamento das dicotomias da modernidade ocidental (natureza x cultura, humano x não humano). Nesse sentido, há marcas textuais de exterioridade na medida em que se reconhece a existência da humanidade enquanto classe opressora que possui transcendentalidade sobre as minorias, os elementos da natureza.

Os demais seres vivos são expressos como seres coabitantes do planeta e, por via de consequência, suas respectivas existências mereceriam proteção por si só. Há uma construção discursiva que objetiva acoplar ao constitucionalismo colombiano traços disruptivos com os moldes ocidentais de perceber e se relacionar com a natureza.

Há, ainda, uma abertura possível na narrativa construída pelo enunciador para intuir a existência implícita de direitos animais, uma vez que “os demais organismos vivos” (linha 7905) merecem proteção em si mesmo. Isto significaria dizer que há um espaço possível para a proteção de interesses juridicamente relevantes de animais não humanos?

Figura 48 - Fragmento III – O rio Atrato como sujeito de direito biocultural

7930 9.28. En este contexto, para la Sala resulta necesario avanzar en la interpretación
7931 del derecho aplicable y en las formas de protección de los derechos
7932 fundamentales y sus sujetos, debido al gran grado de degradación y amenaza en
7933 que encontró a la cuenca del río Atrato. Por fortuna, a nivel internacional (como
7934 se vio a partir del fundamento 5.11) se ha venido desarrollando un nuevo
7935 enfoque jurídico denominado *derechos bioculturales*, cuya premisa central es la
7936 relación de profunda unidad e interdependencia entre naturaleza y especie
7937 humana, y que tiene como consecuencia un nuevo entendimiento socio-jurídico
7938 en el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de
7939 derechos. Esto es, como sujetos de derechos.

Fonte: elaboração própria, 2019

O fragmento III expõe o reconhecimento dos Direitos Bioculturais, que se tornam fundamento para a construção da narrativa da inserção do rio Atrato como sujeito de direitos. Há pistas textuais de decolonialidade, visto que a noção de direitos bioculturais intenta desconstruir relações e discursos de hierarquização dos humanos frente a natureza, ressignificando relações sociojurídicas pelo reconhecimento do outro não humano como presença que deve ser tomada a sério. A “plenitude de direitos” (linhas 7938-7939) evoca a emergência de novos sujeitos que se inserem no mundo jurídico mediante discurso de desconstrução de subalternidade e inexistência epistêmica.

O operador argumentativo “resulta necessário” (linha 7930) conduz o receptor ao grau de urgência do que se afirma, no caso, avançar na interpretação e aplicação de direitos fundamentais em contextos afeitos à era do Antropoceno. Já o operador

argumentativo “por fortuna” (linha 7933) indica a aderência à teorização dos direitos bioculturais como forma de concretizar esse avanço necessário subscrito no início do fragmento. Esta construção opera marcadores textuais que evidenciam a atitude do enunciador frente ao que enuncia, no sentido da modalização axiológica.

Figura 49 - Fragmento IV – O rio Atrato como sujeito de direito biocultural

7998	9.31. En otras palabras, la justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos.
7999	
8004	Bajo esta comprensión es que la Sala considera necesario dar un paso adelante en la jurisprudencia hacia la protección constitucional de una de nuestras fuentes de biodiversidad más importantes: el río Atrato. Esta interpretación encuentra plena justificación en el interés superior del medio ambiente que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional y que está conformado por numerosas cláusulas constitucionales que constituyen lo que se ha denominado la “Constitución Ecológica” o “Constitución Verde”. Este conjunto de disposiciones permiten afirmar la trascendencia que tiene el medio ambiente sano y el vínculo de interdependencia con los seres humanos y el Estado ³¹³ .
8005	
8006	
8007	
8008	
8009	
8010	
8011	
8012	

Fonte: elaboração própria, 2019

O operador argumentativo explicativo, “em outras palavras”, objetiva aclarar o já dito, a fim de conferir certeza e inequivocidade do alcance e sentido pretendidos para construir discursivamente a condição jurídica de sujeito. Alguns outros operadores argumentativos são utilizados para conferir força argumentativa ao texto. O operador argumentativo “considera necessário” (linha 8004), denota ênfase argumentativa no sentido de reconhecer o rio Atrato como sujeito de direito.

Já o operador “plena justificação” (linha 8006-8007) indica explicação que permite afirmar o alinhamento do que se decide com o que já foi decidido, ou seja, a conformidade desta sentença com o conjunto de decisões passadas da Corte Constitucional. O operador argumentativo “permitem afirmar” (linha 8011) funciona como consequência condicionada. As premissas postas à mesa permitiram ao magistrado concluir que há transcendência no ambiente são e sua interligação com a humanidade.

Aqui há um diálogo possível com o discurso decolonial quando o magistrado se movimenta para afirmar a constituição colombiana como “verde” ou “ecológica”. A depender do preenchimento semântico do que vem a ser verde ou ecológica o

discurso pode se alinhar ao modelo de desenvolvimento decolonial. No caso, pelo que se detrai da extensa sentença nota-se essa possível ligação.

Figura 50 - Fragmento V – O rio Atrato como sujeito de direito biocultural

9086 **TERCERO.- DECLARAR** la existencia de una grave vulneración de los
 9087 derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria,
 9088 al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas
 9089 que habitan la cuenca del río Atrato y sus afluentes, imputable a las entidades del
 9090 Estado colombiano accionadas (Presidencia de la República, Ministerio de
 9091 Interior, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de Minas y
 9092 Energía, Ministerio de Defensa Nacional, Ministerio de Salud y Protección
 9093 Social, Ministerio de Agricultura, Departamento para la Prosperidad Social,
 9094 Departamento Nacional de Planeación, Agencia Nacional de Minería, Agencia
 9095 Nacional de Licencias Ambientales, Instituto Nacional de Salud, Departamentos
 9096 de Chocó y Antioquia, Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo
 9097 Sostenible del Chocó -Codechocó-, Corporación para el Desarrollo Sostenible
 9098 del Urabá -Corpourabá-, Policía Nacional – Unidad contra la Minería Ilegal, y
 9099 los municipios de Acandí, Bojayá, Lloró, Medio Atrato, Riosucio, Quibdó, Río
 9100 Quito, Unguía, Carmen del Darién, Bagadó, Carmen de Atrato y Yuto -Chocó-, y
 9101 Murindó, Vigía del Fuerte y Turbo -Antioquia-), **por su conducta omisiva** al no
 9102 proveer una respuesta institucional idónea, articulada, coordinada y efectiva para
 9103 enfrentar los múltiples problemas históricos, socioculturales, ambientales y
 9104 humanitarios que aquejan a la región y que en los últimos años se han visto
 9105 agravados por la realización de actividades intensivas de minería ilegal.

Fonte: elaboração própria, 2019

A modalização diretiva busca do interlocutor um comportamento específico e expresso em conformidade com o enunciado. Essa modalização é típica do dispositivo de decisões judiciais, nas quais se consignam expressões de ordem materializadas geralmente pelo modo verbal imperativo. No fragmento V se impinge ao poder público colombiano o dever de suprir sua omissão frente aos problemas de ordem histórica, ambiental, sociocultural e humanitário que assola a região do rio Atrato. Movimenta-se no sentido da emancipação, uma vez que declara a existência de uma condição de vulnerabilidade. Ou seja, opera no sentido de tomada de consciência da existência do dano para sua possível correção e subversão da lógica subjacente.

Figura 51 - Fragmento VI - O rio Atrato como sujeito de direito biocultural

9107 **CUARTO.- RECONOCER** al río Atrato, su cuenca y afluentes **como una**
9108 **entidad sujeto de derechos** a la protección, conservación, mantenimiento y
9109 restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas, conforme a lo
9110 señalado en la parte motiva de este proveído en los fundamentos 9.27 a 9.32.
9111
9112 En consecuencia, la Corte ordenará al Gobierno nacional que ejerza la tutoría y
9113 representación legal de los derechos del río (a través de la institución que el
9114 Presidente de la República designe, que bien podría ser el Ministerio de Ambiente)
9115 en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en
9116 Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca -en adelante- estarán
9117
9118 representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del
9119 Gobierno colombiano, quienes serán los guardianes del río. Con este propósito,
9120 el Gobierno, en cabeza del Presidente de la República, deberá realizar la
9121 designación de su representante dentro del mes siguiente a la notificación de esta
9122 sentencia. En ese mismo período de tiempo las comunidades accionantes deberán
9123 escoger a su representante.
9124
9125 Adicionalmente y con el propósito de asegurar la protección, recuperación y
9126 debida conservación del río, los representantes legales del mismo deberán
9127 diseñar y conformar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de
9128 esta providencia una **comisión de guardianes del río Atrato**, integrada por los
9129 dos guardianes designados y un *equipo asesor* al que deberá invitarse al Instituto
9130 Humboldt y WWF Colombia, quienes han desarrollado el proyecto de protección
9131 del río Bitá en Vichada³⁴³ y por tanto, cuentan con la experiencia necesaria para
9132 orientar las acciones a tomar. Dicho equipo asesor podrá estar conformado y
9133 recibir acompañamiento de todas las entidades públicas y privadas, universidades
9134 (regionales y nacionales), centros académicos y de investigación en recursos
9135 naturales y organizaciones ambientales (nacionales e internacionales),
9136 comunitarias y de la sociedad civil que deseen vincularse al proyecto de
9137 protección del río Atrato y su cuenca.
9138
9139
9140

Fonte: elaboração própria, 2019

Cabe notar que a parte dispositiva da sentença reconhece o rio Atrato como entidade sujeito de direitos com correspondente dever de tutela e representação por parte do poder público e comunidades étnicas. No fragmento VI o magistrado enuncia que o sujeito rio Atrato fará valer seus direitos mediante um sistema de representação que reconhece a pluriversalidade sob a responsabilização. Chama ao feito uma pluralidade de entes para conduzir coletivamente a proteção, conservação, manutenção e restauração deste novo ente de direito, estabelecendo uma comissão de guardiões do rio Atrato.

É de se notar que o sujeito de direito que emerge no ordenamento jurídico colombiano é um sujeito adjetivado, um sujeito biocultural que é ente vivente, mas

também condição de possibilidade da vivência de outros sujeitos de direito. Desta sorte, o rio Atrato não se qualifica juridicamente apenas como sendo uma entidade biogeofísica, pois também se encontra inscrito na ordem da cultura. Aqui se assemelha a consideração feita pela magistrada que considerou a chimpanzé Cecília como parte do patrimônio cultural argentino. Há uma tentativa de superação da diferença natureza x cultura.

A linha separatória natureza x cultura solveria e daria lugar a espaços para conformações de relações e encontros multiespecíficos, com fusão desses pares opostos no que Haraway chama de *Naturezacultura* (2003) ou nos *Mundos Comuns*, no sentido proposto por Latour (2004).

Pudemos, ao fim desta tese, inferir que há uma posicionalidade específica do Direito enquanto teoria e enquanto práxis e que a compreensão dessa posição enunciativa e performativa se perfaz mediante análise do campo empírico do Direito do Fórum – com o instrumental de análise adequado à práxis –, mas também dos espaços de juridicidade que são conformados em sociedade além do Direito institucionalizado via processo judicial. Dessa forma, acreditamos que a análise do Direito deveria partir do jurídico etnografado, sentido, observado, participado, questionado e engajado.

Essa premissa enredou impulsionalidades relevantes para a percepção da prática jurídica: a desconstrução do discurso jurídico estatal como narrativa universal de normatividade; a afirmação da construção discursiva do Direito; o questionamento da inquestionabilidade axiomática dos pontos de partida do Direito; o reconhecimento de estruturas ontológicas sob as quais as narrativas do Direito são construídas; a importância da reflexão sobre as mediações do Direito com as noções de controle, violência e poder; a ruptura do espelho narcísico do Direito que se autocompreende como completo e suficiente à resolução dos conflitos sociais.

Concluimos que um *Direito multiespecífico engajado*, levado a efeito no bojo do compromisso decolonial, por demanda, no sentido vindicado por Rita Segato, deve levar em consideração que “somente uma perspectiva parcial garante uma visão objetiva” (HARAWAY, 1988, p.583). Objetividade não no sentido de uma epistemologia da dominação, mas justamente o oposto, a não totalização da posição de investigador e agente decisório como produtor de conhecimento e verdade absolutas, mas a produção de conhecimento e decisões situadas, que levem em conta

o posicionamento epistemológico dos sujeitos envolvidos e a agência desses para influir na produção de sentido.

O aporte da decolonialidade foi fundamental para levar a cabo essa compreensão. A decolonialidade como possibilidade político-jurídica é mais que uma opção de conhecimento acadêmico. Não é apenas um domínio de estudo, mas, sobretudo, uma opção de vida, de pensar, de sentir e de fazer. Objetiva dar respostas críticas ao modelo de sociedade que intensifica a produção da divisão ontológica dos sujeitos (e, aqui, adicionamos a perspectiva multiespecífica para também pensá-la) e foi estruturante para compreender o Direito como realidade e não como abstração, situado em coordenadas geopolíticas e não como um monólogo universal cartesiano.

Essa ancoragem do Direito tornou-se predicado necessário para pensar a posição jurídica dos animais não humanos e os modais de relações e encontros multiespecíficos em sociedade.

Ainda que haja significados científico, político, jurídico e cosmológico do “animal”, não há propriamente uma sobreposição inexorável de um sentido sobre o outro. Tampouco univocidade da representação e presença/ausência dos animais nesses âmbitos sociais e categoriais. Não há consenso apriorístico sobre as justaposições possíveis, e sim uma pluriversalidade em disputa das manifestações performativas e conformativas das combinações/não combinações que permeiam as relações que estabelecemos com animais. Essa disputa por afirmação estatutária é discursiva e se dá na internalidade do processo decisório que resulta das decisões judiciais.

Isso faz com que, por exemplo, um mesmo animal (um espécime ou uma espécie) tido cientificamente como senciente seja tratado politicamente como matéria consumível, juridicamente como coisa e como gente (sujeito) por uma cosmologia ameríndia específica.

Nesse contexto, a análise crítica do discurso jurídico levada a cabo impulsionou a compreensão da possibilidade de afirmar o Direito em termos desvencilhados de uma matriz de poder que reivindica o exclusivismo da Humanidade na produção de mundos, sentidos e normatividade.

6. Considerações finais

A consolidação do Direito Animal na América Latina enquanto campo específico do Direito passa por um duplo movimento: de um lado, sofre influência de aportes teóricos vindos de centros de pesquisas nortistas e, por outro, há proposituras de desconstrução de discursos de subordinação mediante aportes teóricos críticos e situados em favor de animais não humanos e demais elementos da natureza.

O objetivo desta tese centrou-se em avaliar as experiências jurídicas latino-americanas no que se refere ao Direito Animal e se elas apresentam possibilidades discursivas para se alinhar ao argumento decolonial. Analisamos em que medida o lastro jurisprudencial existente na região pode desempenhar um papel decolonial no que se refere à tutela dos interesses dos animais não humanos.

De um lado avaliamos as bases epistêmicas e ontológicas que nutrem o texto/contexto da decisão judicial e do Direito em uma perspectiva dogmaticamente organizada e hegemônica. De outra banda, refletimos se o decidido repercute materialmente na modulação de relações sociais de forma tal a forjá-las sob uma perspectiva decolonial do Ser, Poder, Saber, Natureza, bem como propusemos a chave analítica da colonialidade dos animais para superar o discurso de inferiorização animal.

No caso da titularização de direitos à Natureza, esse novo sujeito emerge juridicamente por meio legislativo, uma construção no bojo do diálogo democrático. A atribuição da condição de sujeito ao rio Vilcabamba, no equador, é um exemplo claro desta formulação. Assim, essa consideração já retira sua legitimidade e reconhecimento social do próprio processo legislativo e constituinte. Já nos casos de atribuição ou reconhecimento de animais não humanos como sujeitos de direito essa construção discursiva se dá na interioridade e circularidade das decisões judiciais, carecendo, pois, de legitimação democrática.

Com isso, as estruturas do texto decisional apresentam-se de forma distinta entre essas duas formas de emergência de novos sujeitos de direitos. No caso da atribuição de direitos aos animais, o magistrado necessita justificar, persuadir e convencer os receptores acerca da condição jurídica de sujeito a eles dispensada, como se antevê nos casos dos *habeas corpus* em favor de Suíça e Cecília. No caso

dos direitos da natureza, essa justificação já é lastreada pelo arcabouço legislativo e constitucional.

Essa diferença produz decisões estruturadas diferentemente, mediadas por aparatos ontológicos e epistêmicos distintos, com objetivos similares: fazer emergir no ordenamento jurídico um novo sujeito de direito. De um lado, há um lastro cosmontológico específico dos direitos da natureza que se encaixa explicitamente no giro decolonial, com autores e teóricos que expressamente se alinham a essa matriz de pensamento e ação para lidar com a titularização de direitos. Isso se dá à medida que o pano de fundo contextual para a produção normativa que reconhece a natureza como sujeito jurídico se circunscreve ao debate das cosmovisões andinas e o respectivo impacto na circularidade do Direito.

No caso do direito animal, ele se caracteriza como uma produção teórica cujo marco enunciativo se inaugura nos centros epistêmicos nortistas. Essa releitura das teorias nortistas se fundiu com argumentos forjados por atores sociais latinos que as repaginaram para pô-las em prática no continente. A teoria do *habeas corpus* para grandes primatas ganha significação e força normativa nesse contexto.

Dessa forma, as pistas textuais de decolonialidade nas construções discursivas dessas decisões são implícitas. Ligam-se marcadamente ao efeito material da decisão como efeito decolonial que objetiva reconhecer uma nova alteridade, desinferiorizando uma camada da sociedade até então sumariamente desconsiderada e inexistente: os animais não humanos. Diante desta ótica, as decisões latinas tanto para animais como para natureza evidenciam um potencial marcadamente decolonial, pois passam a exigir o reconhecimento do outro não humano subalternizado como sujeito digno de direitos.

Outra questão sensível na compreensão do Direito Animal refere-se à concepção homogeneizada e apriorística do que vem a ser a categoria *animal* ou, mais precisamente, a fixidez e atomização da categoria *animal* como sinonímia da categoria *coisa jurídica*. Parte de uma redução das complexidades jurídicas referentes aos entrelaçamentos e relações entre espécies.

Nesse sentido, a rotulagem jurídica é vista como suposto elemento de solução dessas questões, contudo, o rótulo acaba reduzindo a realidade a um fetiche normativo. A nosso ver, a categoria jurídica encobriria mais que evidenciaria, uma vez que invisibilizaria a multiespecificidade das interações.

Assim, as categorias jurídicas *pessoa* ou *sujeito de direito* como institutos fixos e redutíveis da experiência dos animais poderiam deixar de ser reivindicadas como a única solução da proteção animal ou do movimento social de Direito Animal. O discurso do fórum aos animais poderia ser residual, para discussões tópicas ou específicas de sujeitos animais específicos. Com isso, não desqualificamos a luta judicial por consideração dos interesses jurídicos dos animais, apenas afirmamo-la como uma das possibilidades político-jurídicas de enfrentamento das “questões animais”.

Ainda, a discussão da dicotomia sujeito x coisa tornar-se-ia contornável, uma vez que a mudança propositiva na estrutura social dar-se-ia no estilo *bottom-top* e não *top-bottom*. A discussão da alteração do *status* jurídico dos animais deveria enredar-se com a discussão sobre as estruturas sociais e modelos ontológicos sob o quais se assentam tais estruturas.

O regime jurídico dispensado aos animais não se restringe ao aparato dogmático do fórum e legislado, senão pelas manifestações materiais de arquétipos de normatividade em sociedade e construções discursivas. Assim, os animais reais sobrepor-se-iam aos animais representados. Da mesma forma, as relações multiespecíficas ganhariam relevo para formulação legislativa e para traçar políticas públicas.

Dessa forma, e ao fim desta tese, reconhecemos, a partir da análise crítica do discurso jurídico, pistas textuais implícitas e explícitas na superfície dos textos decisórios analisados relativas ao giro decolonial. Além disso, também notamos marcas de decolonialidade nos efeitos materiais das decisões jurídicas que efetivaram a superação da condição de subordinação e inferiorização à qual os demais animais e elementos da natureza estavam submetidos nos contextos específicos de cada decisão judicial.

A decolonização no Direito Animal significa, em última análise, questionar os pórticos da humanidade ocidentalizada, questionar as linhas de diferenciação ontológica referendadas pelo Direito Moderno, enfatizando a necessidade de (re)criação dos espaços discursivos e relações sociojurídicas que liguem a animalidade humana à não humana, situando-as.

Referências

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. *Revista CEJ*. v. 3, n. 7, p. 143-150, 1999.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer, o poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007, 197p.

ALBÁN, Adolfo; ROSERO, José R. Colonialidad de la naturaleza: ¿imposición tecnológica y usurpación sistêmica? *Interculturalidad, desarrollo y re-existencia Nómadas*, 45, octubre, p. 27-41. Universidad Central. Bogotá, 2016.

ALEKSANDAR, Petrovich. El derecho consuetudinario inca y la prehistoria de los derechos humanos. *Revista de Historia del Derecho "Ricardo Levene"*. n. 32, 1996.

ARAÚJO, Sara. O primado do direito e as exclusões abissais: reconstruir velhos conceitos, desafiar o cânone. *Sociologias*. v. 18, n. 43, p. 88-115, 2016.

ARISTÓTELES. **Política**. 3ª ed. Brasília: Editora da UnB, 1997, 132p.

ASCIONE, Gennaro. **Science and the Decolonization of Social Theory**. London: Palgrave Macmillan UK, 2016, 270p.

ASCIONE, Gennaro. Unthinking Modernity: Historical-Sociological, Epistemological and Logical Pathways. *Journal of Historical Sociology*. v. 27, n. 4, p. 463–489, 2014.

ASDAL, Kristin; DRUGLITRØ, Tone; HINCHLIFFE, Steve. **Humans, animals and biopolitics: the more than human condition**. New York: Routledge, 2016, 210p.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista brasileira de ciência política*. n. 11, p. 89-117, 2013.

BARATAY, Eric. **Le Point de vue animal, Une autre version de l'histoire.** Paris: Le Seuil, 2012.

BELCOURT, Billy-Ray. Animal Bodies, Colonial Subjects: (Re)Locating Animality in Decolonial Thought. *Societies*. v. 5, n. 1, p. 1–11, 2014.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação.** 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BERNARDINO-COSTA, Joaze. Decolonialidade, Atlântico Negro e intelectuais negros brasileiros. *Sociedade e Estado*. v. 33, n. 1, p. 119-137, 2018.

BERNARDINO-COSTA, Joaze; GROSGUÉL, Ramón. Decolonialidade e perspectiva negra. *Sociedade e Estado*. v. 31, n. 1, p. 15–24, 2016.

BERNARDINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSGUÉL, Ramon. **Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico. Decolonialidade e Pensamento Afrodiaspórico.** Belo Horizonte: Autêntica, p.9-26, 2018.

BEVILAQUA, Ciméa. Chimpanzés em juízo: pessoas, coisas e diferença. *Horizontes Antropológicos*. v.17, n. 35, p.65-102, 2011a.

BEVILAQUA, Ciméa. Normas jurídicas e agências não-humanas: o caso dos cães" perigosos. *Avá*, n. 19, p. 199-225, 2011b.

BEVILAQUA, Ciméa. Pessoas não humanas: Sandra, Cecília e a emergência de novas formas de existência jurídica. *Mana*. v. 25, n. 1, p. 38-71, 2019.

BÍBLIA. Português. **Sagrada Bíblia Católica: Antigo e Novo Testamentos.** Trad. José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008.

BODSON, Liliane. Attitudes Toward Animals in Greco-Roman Antiquity. *International Journal for the Study of Animal Problems*. v. 4, n. 4, p. 312–320, 1983.

BORSANI, Maria Eugenia. Reconstrucciones Metodológicas y/o Metodologías a posteriori. *Astrolabio*. n. 13, p.146-168, 2014.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; COLARES, Virginia. Índicios de descolonialidade na Análise Crítica do Discurso na ADPF 186/DF. *Revista Direito GV*. v. 14, n. 3, p. 949-980, 2017.

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano: participação popular e cosmovisões indígenas (pachamama e sumak kawsay)*. Dissertação (Mestrado em Direito). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Manda observar a Constituição Política do Imperio, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 15 abr 2017.

BRASIL. *Decreto nº 11*, de 18 de janeiro de 1991. Aprova a estrutura regimental do Ministério da Justiça e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0011.htm>. Acesso em 08 maio 2017.

BRASIL. *Decreto nº 848*, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm>. Acesso em 08 maio 2017.

BRASIL. *Lei de 11 de agosto de 1827*. Crêa dous Cursos de sciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM.-11-08-1827.htm>. Acesso em 23 set 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.969. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 28 de junho de 2007. Dj. Dj, 31 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>>. Acesso em 10 ago 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.617, Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 19 de junho de 2013. DJ 12 fev.

2014. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5254132>

Acesso em 06 ago 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 12 jul 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 24 jun 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 575.144, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 11 de dezembro de 2008. DJ 20 fev. 2009. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=576995>
Acesso em 02 ago 2018.

BUNGE, Mario. **La investigación científica: su estrategia y su filosofía**. 3ª ed. Barcelona: Siglo XXI, 2000, 805p.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A “Lei da Boa Razão” e a cultura jurídica oitocentista: prolegômeno para uma proposta de compreensão da cultura jurídica brasileira contemporânea à luz do pensamento de Antônio Manuel Hespanha. *Revista Estudos Filosóficos*. n. 14, p.92-116, 2017.

CALL, Josep; TOMASELLO, Michael. Does the chimpanzee have a theory of mind? 30 years later. *Trends in Cognitive Sciences*. v. 12, n. 5, p. 187-192, 2008.
CALVIMONTES, César Augusto Coaguila. *Rebeliões Heterônomas: cochabamba na era do Tupac Amaru, 1780-1782*. Dissertação (Mestrado em História). Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2017.

CÂMARA, Ana Stela Vieira Mendes; FERNANDES, Márcia Maria dos Santos. O Reconhecimento Jurídico do Rio Atrato como Sujeito de Direitos: reflexões sobre a mudança de paradigma nas relações entre o ser humano e a natureza. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as América*. v.12, n.1, p.221-240, 2018.

CAMPOS, Marilena Altenfelder de Arruda. *Na roça com os Pataxó: etnografia multiespécie da mandioca na aldeia Barra Velha do Monte Pascoal, Sul da Bahia*.

Tese (Doutorado em Ciências), Piracicaba: Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”, 2016.

CARDOSO, Thiago Mota. Paisagem em transe: uma etnografia sobre a poética a cosmopolítica dos lugares habitados pelos Pataxó no Monte Pascoal. Tese (Doutorado em Antropologia Social). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2016.

CARVALHO, José Jorge de. **Encontro de Saberes e descolonização: para uma refundação étnica, racial e epistêmica das universidades brasileiras. Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico.** Belo Horizonte: Autêntica, p.79-106, 2018.

CARVALHO, Marcos Castro. Producing quimeras: lineages of rodents, laboratory scientists and the vicissitudes of animal experimentation. *Vibrant*. v. 13, n. 2, p. 160-176, 2016.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. **A inconstância da alma selvagem.** São Paulo: Ubu Editora, 2017, 552p.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. **Metafísicas canibais: elementos para uma antropologia pós-estrutural.** São Paulo: Ubu Editora, 2018, 288p.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. Os pronomes cosmológicos e o perspectivismo ameríndio. *Mana*. v. 2, n. 2, p. 115-144, 1996.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. The notion of species in history and anthropology. *Biozoo*. v. 10, n. 1, p. 4, 2013.

CHALFUN, Mery. Paradigmas filosóficos-ambientais e o direito dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 6. p. 209-246, 2010.

CHINN, Pauline W.U. Decolonizing Methodologies and Indigenous Knowledge: the Role of Culture, Place and Personal Experience in Professional Development. *Journal of Research in Science Teaching*. v. 44, n. 9, p. 1247–1268, 2007.

COLARES, Virgínia. Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ): o caso Genelva e a (im) procedência da mudança de nome. *ReVEL*. v. 12, n. 23, p.120-147, 2014.

COLARES, Virgínia. **Análise crítica do discurso jurídico: os modos de operação da ideologia.** *Filosofia do Direito I*. Florianópolis: FUNJAB, v. 1, p. 288-307, 2013.

COLARES, Virginia. *Linguagem e direito no Brasil*. Relatório parcial do projeto de pesquisa interdisciplinar Análise Crítica do Discurso Jurídico (nº 2546463711149023), CNPq / Edital MCT/CNPq 50/2006, 2009. Disponível em: <<http://www.jfce.jus.br>>. Acesso em 02 maio 2019.

CORONIL, Fernando. **Naturaleza del poscolonialismo: del eurocentrismo al globocentrismo. La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales, perspectivas latinoamericanas**, p.87-112, Buenos aires: CLACSO, 2000.

CORREA, Sílvio Marcus de Souza. Caça e preservação da vida selvagem na África Colonial. *Revista Esboços*. v. 18, n. 25, p. 164-183, 2011.

CORREAS, Oscar; BUENO, Roberto. **Crítica da ideologia jurídica: ensaio sócio-semiológico**. Porto Alegre: SA Fabris Editor, 1995, 279p.

COUTINHO, Juliana Fausto de Souza. *A cosmopolítica dos animais*. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Filosofia). Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2017.

CRUZ, Edmundo. Sentença do Habeas Corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v.1, n.1, p.281-285, 2006.

DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. Colonialidade e decolonialidade da (anthropos)logia jurídica: da uni-versalidade a pluri-versalidade epistêmica. Tese (Doutorado em Direito). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2011.

DESCARTES, René. **Discours de la méthode: pour bien conduire sa raison, et chercher la vérité dans les sciences**. Paris: L. Berthier, 1894.

DESCOLA, Philippe. Estrutura ou sentimento: a relação com o animal na Amazônia. *Mana*. v. 4, n. 1, p. 23-45, 1998.

DESCOLA, Philippe. **Outras naturezas, outras culturas**. São Paulo: Editora 34, 2016, 64p.

DESCOLA, Philippe. **Par-delà nature et culture**. Paris: Editions Gallimard, 2015, 640p.

DIAS, Edna Cardozo. **A tutela jurídica dos animais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

DIAS, Edna Cardozo. A Defesa dos animais e as conquistas legislativas do movimento de proteção animal no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n. 1, p. 123-142, 2007.

DIGARD, Jean-Pierre. **Les français et leurs animaux: ethnologie d'un phenomene de société**. Paris: Fayard, 1999, 281p.

DIJK, Teun Van. El análisis crítico del discurso. *Anthropos*. v. 186, p. 23-36, 1999.

DONALDSON, Sue; KYMLICKA, Will. **Zoopolis: A political theory of animal rights**. Oxford: Oxford University Press, 2013, 352p.

DUSSEL, Enrique. **Europa, Modernidade e Eurocentrismo. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, p. 25–34, 2005.

DUSSEL, Enrique. Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação. *Revista Sociedade e Estado*. v. 31, n. 1, p. 51–73, 2016.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro; a origem do Mito da modernidade**. Rio de Janeiro: Vozes, 1993, 196p.

ECUADOR. Función Judicial de Loja. *Proceso judicial n. 11121-2011- 0010*. [2017]. Disponível em: <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/>. Acesso em: junho de 2019.

ERIKSON, Philippe. Animais demais... os xerimbabos no espaço doméstico matis (Amazonas). *Anuário Antropológico*, II, p.15-32, 2012.

ESTERMANN, Josef. **Filosofia andina: sabiduría indígena para un mundo nuevo**. La Paz: Instituto Superior Ecuménico Andino de Teología (ISEAT), 2006, 413p.

ESCOBAR, Arturo. **O lugar da natureza e a natureza do lugar: globalização ou pós-desenvolvimento? A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, p. 133–168, 2005.

FAIRCLOUGH, Norman. **Analysing discourse: textual analysis for social research**. London; NewYork: Routledge, 2003, 270p.

FAIRCLOUGH, Norman. **Discourse and social change**. Cambridge: Polity press, 1993, 259p.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Juiz de Fora: Editora da UFJF, 2006, 400p.

FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Salvador: EDUFBA, 2008, 194p.

FAVRE, David. Living property: a new status for animals within the legal system. *Marquette Law Review*. v. 93, p. 1021-1071, 2009.

FELIPE, Sônia T. Antropocentrismo, sencientismo e biocentrismo: perspectivas éticas abolicionistas, bem-estaristas e conservadoras e o estatuto de animais não-humanos. *Revista Páginas de Filosofia*. v. 1, n. 1, p.2-30, 2009.

FERRARI, Alfonso Trujillo. **Metodologia da pesquisa científica**. São Paulo: McGrawhill, 1982.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. *A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito*. Curitiba: Juruá, 2014, 168p.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. Class Action. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v.8, n.12, p.257-261, 2013.

FLORES, Antonio Salcedo. El derecho maya prehispánico, un acercamiento a su fundamentación socio-política. *Alegatos*. N. 71, p.155-178, 2009.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. *Revista da faculdade de Direito UFPR*. v. 44, p.61-76, 2006.

FRANCIONE, Gary. **Animals Property & The Law**. Filadelfia: Temple University Press, 1995, 274p.

FRANCIONE, Gary. **Introduction to animal rights: your child or the dog?** Filadelfia: Temple University Press, 2010, 280p.

GAITÁN, Iván Darío Ávila. El Instituto latinoamericano de estudios críticos animales como proyecto decolonial. *Tabula Rasa*. n. 27, p.339-351, 2017.

GARAVITO, César Rodríguez. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, 432p.

GARCIA, Uirá. Macacos também choram, ou esboço para um conceito ameríndio de espécie. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*. n. 69, p. 179-204, 2018.

GARGALLO, Francesca. Feminismo latinoamericano. *Revista venezolana de estudios de la mujer*. v. 12, n. 28, p. 17-34, 2007.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Altas. 1998, 57p.

GIMÉNEZ-CANDELA, Marita. La descosificación de los animales. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. v. 12, n. 1, p. 298-313, 2017.

GONZÁLEZ, Anahí Gabriela; GALTÁN, Iván Darío Ávila. Resistencia animal: ética, perspectivismo y políticas de subversión. *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*. v.1, p.31-72, 2014.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo animal**. Salvador: Evolução Editora, 2009.

GORDILHO, Heron José de Santana. La Teoría Brasileña del Habeas Corpus para Los Grandes Primat. *Conpedi Law Review*. v. 1, n. 11, p. 320-343, 2016.

GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Habeas Corpus para os grandes primatas. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. v. 1, n. 4, p.2077-2114, 2012.

GORDON, Lewis. Decadência disciplinar e a de(s)colonização do conhecimento. *Epistemologias do Sul*. v. 1, n. 1, p. 110–126, 2017.

GORDON, Lewis. **Decadencia disciplinaria. Pensamiento vivo en tiempos difíciles**. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2013, 250p.

GORDON, Lewis. Theory in Black: teleological Suspensions in Philosophy of Culture. *Qui Parle: Critical Humanities and Social Sciences*. v. 18, n. 2, p. 193–214, 2010.

GROSGUÉL, Ramón. A estrutura do conhecimento nas universidades ocidentalizadas: racismo/sexismo epistêmico e os quatro genocídios/epistemicídios do longo século XVI. *Sociedade e Estado*. v. 31, n. 1, p. 25–49, 2016.

GROSGUÉL, Ramón. Decolonizing Post-Colonial Studies and Paradigms of Political-Economy: Transmodernity, Decolonial Thinking and Global Coloniality. *Transmodernity: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*. v. 1, n. 1, p.1-38, 2011.

GROSGUÉL, Ramón. Del extractivismo económico al extractivismo epistêmico y ontológico. *Revista Internacional de Comunicación y Desarrollo*. v. 1, n. 4, p. 33-45, 2016.

GROSFUGUEL, Ramón. La descolonización del conocimiento: diálogo crítico entre la visión descolonial de frantz fanon y la sociología descolonial de boaventura de sousa santos. *Formas-otras: saber, nombrar, narrar, hacer*. Barcelona: CIDOB, p. 97–108, 2011.

GROSFUGUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. *Revista crítica de ciências sociais*. n. 80, p. 115–147, 2008.

GROSFUGUEL, Ramón; MIGNOLO, Walter. Intervenciones decoloniales: una breve introducción. *Tabula rasa*. n. 9, p. 29-37, 2008.

GUTIÉRREZ, Antonio García. Desclassification in knowledge organization: a post-epistemological essay. *TransInformação*. v. 23, n. 1, p. 5–14, 2011.

GUTIERREZ, Fernando Proto. **Filosofía Mestiza I. Interculturalidad, Ecosofía y Liberación**. Buenos Aires: Editorial Abierta FAIA, 2015^a, 332p.

GUTIERREZ, Fernando Proto. **Filosofía Mestiza II. el pensamiento radical abiyalense: derechos humanos y educación**. Buenos Aires: Editorial Abierta FAIA, 2015^b, 160p.

HARAWAY, Donna. Antropoceno, Capitaloceno, Plantacionoceno, Chthuluceno: generando relaciones de parentesco. *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*. v.1, p. 15-26, 2016.

HARAWAY, Donna. **Manifiesto cyborg. Ciencia, Cyborgs y Mujeres. La reinención de la naturaleza**. Madrid: Cátedra, 1991, 431p.

HARAWAY, Donna. Situated knowledges: The science question in feminism and the privilege of partial perspective. *Feminist studies*. v. 14, n. 3, p. 575-599, 1988.

HARAWAY, Donna. **The Companion Species Manifesto: Dogs, People, and Significant Otherness**. Vol. 1. Chicago: Prickly Paradigm Press, 2003,100p.

HABER, Alejandro. Evestigation, nomethodology and deictics. Reclaiming Archaeology. In: Gozáles-Ruiba, Alfredo. **Beyond the Tropes of Modernity**. New York: Routledge, Chapter 6, p. 79-88, 2013.

HESPANHA, Antônio Manuel. Direito Comum e Direito Colonial: porque existe e em que consiste um direito colonial brasileiro. *Panóptica*. v. 1, n. 3, p. 95-116, 2006.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Sobre a prática dogmática dos juristas oitocentistas. A história do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, p.70-149, 1978.

HORTA, Oscar. What is speciesism? *Journal of agricultural and environmental ethics*. v. 23, n. 3, p. 243-266, 2010.

HOSTETTER, Autumn B.; CANTERO, Monica; HOPKINS, William D. Differential use of vocal and gestural communication by chimpanzees (*Pan troglodytes*) in response to the attentional status of a human (*Homo sapiens*). *Journal of Comparative Psychology*. v. 115, n. 4, p. 337–343, 2001.

HOUDART, Sophie; THIERRY, Olivier. **Humains non-humains. Comment repeupler les sciences sociales**. Paris: La Découverte, 2011, 368p.

HRIBAL, Jason. Animals, agency, and class: writing the history of animals from below. *Human Ecology Review*. v.14, n.1, p. 101-112, 2007.

HRIBAL, Jason. Animals are part of the working class: a challenge to labor history. *Labor history*. v. 44, n. 4, p. 435-453, 2003.

IBGE. *Produção pecuária municipal*. Brasília: IBGE, 2018. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>, acesso em 10 abr 2019.

INGOLD, Tim. **The Perception of the environment: essays on livelihood, dwelling and skill**. London: Routledge, 2000, 480p.

JAMES, Cyril Lionel Robert. **Os jacobinos negros: Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos**. São Paulo: Boitempo, 2019, 396p.

KELCH, Thomas. A short history of (mostly) western animal law: part I. *Animal Law*. v. 19, n. 1, p. 23–62, 2012.

KIRKSEY, Eben. Lively Multispecies Communities, Deadly Racial Assemblages, and the Promise of Justice. *South Atlantic Quarterly*. 116, v.1, p.195-206, 2017.

KIRKSEY, Eben; HELMREICH, Stefan. The emergence of multispecies ethnography. *Cultural anthropology*. v. 25, n. 4, p. 545-576, 2010.

KOHN, Eduardo. How dogs dream: Amazonian natures and the politics of transspecies engagement. *American ethnologist*. v. 34, n. 1, p. 3-24, 2007.

KOHN, Eduardo. *How forests think: toward an anthropology beyond the human*. Berkeley: University of California Press, 2013, 267p.

KOHLER, Josef. El derecho de los aztecas. *Revista de Derecho Notarial de Mexico*. n.35, p. 19-93, 1969.

KRUPENYE, Christopher; KANO, Fumihiro; HIRATA, Satoshi; CALL, Josep; TOMASELLO, Michael. Great apes anticipate that other individuals will act according to false beliefs. *Science*. v. 354, n. 6308, p. 110-114, 2016.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 1991, 231p.

LANDER, Edgardo. **Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, p. 7–24, 2005.

LANDER, Edgardo. Pensamiento crítico Latinoamericano: impugnación del eurocentrismo. *Revista de Sociología*. n. 15, p.13-25, 2001.

LANDER, Edgardo. *El Neoextractivismo como modelo de desarrollo en América Latina y sus contradicciones*. Congreso (Neo)Extractivismo y el Futuro de la Democracia en América Latina: Diagnóstico y Retos, Heinrich Böll Stiftung, Berlín 13-14 de mayo 2014, Disponível em <http://mx.boell.org/sites/default/files/edgardolander.pdf2014>. Acesso em 18 abr 2017.

LATOUR, Bruno. **Politics of Nature: how to bring the sciences into democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, 320p.

LESTEL, Dominique. **A animalidade, o humano e as “comunidades híbridas”. Pensar/escrever o animal: ensaios de zoopoética e biopolítica**. Florianópolis: Editora da UFSC, p. 23-54, 2011.

LEVAI, Laerte Fernando. **Direito dos animais**. Campos do Jordão: Mantiqueira, 1998.

LEWGOY, Bernardo; SEGATA, Jean. A persistência da exceção humana/The persistence of the human exception. *Vivência: Revista de Antropologia*. v. 1, n. 49, p. 155-164, 2017.

LEWGOY, Bernardo; SORDI, Caetano; PINTO, Leandra Oliveira. Domesticando o humano: para uma antropologia moral da proteção animal. *Ilha Revista de Antropologia*. v. 17, n. 2, p. 075-100, 2015.

LIMA, José Edmilson De Souza; KOSOP, Roberto José Covaia. Giro Decolonial e o Direito: Para Além de Amarras Coloniais. *Revista Direito e Práxis*. p.1-24, 2019.

LINZEY, Andrew. **Christianity and the Rights of Animals**. Eugene: Wipf and Stock Publishers, 2016, 220p.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano. História, Sujeito e Objeto do Direito**. Instituições Jurídicas. Brasília: Senado Federal, 2006, 726p.

LOCKE, Piers. Elephants as persons, affective apprenticeship, and fieldwork with nonhuman informants in Nepal. *Journal of Ethnographic Theory*. v. 7, n. 1, p. 353–376, 2017.

LODY, Raul Giovanni. **Tem dendê, tem axé: etnografia do dendezeiro**. Rio de Janeiro: Pallas Editora, 1992.

LOIS, Cecilia Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. O Supremo Tribunal Federal e o Argumento de Direito Constitucional Comparado: uma leitura empírica a partir dos Casos de Liberdade de Expressão no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 47, p.32-63, 2015.

LOUIS, Renee Pualani. Can You Hear us Now? Voices from the Margin: Using Indigenous Methodologies in Geographic Research. *Geographical Research*. v. 45, n. 2, p. 130–139, 2007.

LOURENÇO, Daniel Braga. **As Propostas de Alteração do Estatuto Jurídico da Animalidade. Direitos animais: a questão da experimentação**. Florianópolis: FUNJAB, p. 749-772, 2017.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas**. Porto Alegre: Fabris, 2008, 566p.

LOURENÇO, Daniel Braga; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. Sustentabilidade, economia verde, direito dos animais e ecologia profunda: algumas considerações. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 10, p.189-231, 2012.

LOW, Philip; Panksepp, JAAK; Reiss, DIANA; Edelman, DAVID; Van Swinderen, BRUNO; Low, PHILLIP; Koch, CHRISTOF. The Cambridge declaration on consciousness. *Francis Crick Memorial Conference, Cambridge, England*. 2012.

LUGONES, Maria. Rumo a um feminismo descolonial. *Estudos feministas*. v. 22, n. 3, p. 935-952, 2014.

MALAMUD, Randy. **An Introduction to Animals and Visual Culture**. New York: Palgrave Macmillan, 2012, 176p.

MALDONADO-TORRES, Nelson. La descolonización y el giro descolonial. *Tabula Rasa*. n. 9, p. 61–72, 2008.

MALDONADO-TORRES, Nelson. **Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto**. In: El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Iesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores, p. 127–167, 2007.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Transdisciplinaridade e decolonialidade. *Sociedade e Estado*. v. 31, n. 1, p. 75–97, 2016.

MALDONADO-TORRES, Nelson. **Analítica da Colonialidade e da decolonialidade: algumas dimensões básicas**. In: Decolonialidade e Pensamento Afrodiaspórico. Belo Horizonte: autêntica, p.27-54, 2018.

MARRAS, Stelio. Por uma antropologia do entre: reflexões sobre um novo e urgente descentramento do humano. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*. n. 69, p. 250-266, 2018.

MARTINS, Renata de Freitas. O respeitável público não quer mais animais em circos! *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 3, n. 4, p. 117-132, 2008.

MAURÍCIO, Maria Alejandra. Decisión del Habeas Corpus P-72.254/15 en favor de la Chimpancé Cecilia. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v.11, n.23, p.175-211, 2016.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. São Paulo: n-1 edições, 2018, 80p.

MECKESHEIMER, Anika. Decolonization of Social Research Practice in Latin America. What can we learn for German Social Sciences? *Transcience*. v. 4, n. 2, p. 79–98, 2013.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direito dos animais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, 272p.

MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio. **El derecho precolonial**. México: Porrúa, 1992.

MIGNOLO, Walter. **Desobediencia epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad**. Buenos Aires: Del Signo, 2010, 126p.

MIGNOLO, Walter. Retos decoloniales, hoy. In: **Los desafíos decoloniales de nuestros días: pensar en colectivo**. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Nacional del Comahue, p.23-46, 2014.

MORA PENROZ, Ziley. **Filosofía mapuche: Palabras arcaicas para despertar el ser**. Concepción: Kushe, 2001, 147p.

MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da constituição do Equador de 2008: Os direitos da Pachamama e o bem viver Sumak Kawsay. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, p. 103-124, 2013.

NACONECY, Carlos. Review Ethics and Animals: An Introduction. *Journal of Animal Ethics*. v. 2. p. 222-224, 2012.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. **Direitos Fundamentais dos Animais: a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, 404p.

OGDEN, Laura A.; HALL, Billy; TANITA, Kimiko. Animals, plants, people, and things: a review of multispecies ethnography. *Environment and Society*. v. 1, n. 5, p. 5-24, 2013.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Especismo religioso. *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 8, p. 161-220, 2011.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi. A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, 26p.

OLIVEIRA, Thiago Pires. Redefinindo o Status jurídico dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n.3, p.193-208, 2007.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Direitos da Natureza e Direito dos Animais: um enquadramento. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. v. 2. n. 10. p. 11325-11370. Lisboa, 2013.

ORTIZ OCAÑA, Alexander; ARIAS LÓPEZ, Maria Isabel; PEDROZO CONEDO, Zaira. Metodología 'otra' en la investigación social, humana y educativa. El hacer decolonial como proceso decolonizante. *Revista FAIA*. v. 7, n. 30, p. 172-200, 2018.

OHREM, Dominik. Some Thoughts on (Animal) Encounter. *Exploring Animal Encounters*. p. 3-42, 2018. doi: https://doi.org/10.1007/978-3-319-92504-2_1.

PACHUKANIS, Evguiéni. **Teoria geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Editora Boitempo, 2017, 144p.

PASTORI, Érica Onzi; MATOS, Liziane Gonçalves de. Da paixão à “ajuda animalitária”: o paradoxo do “amor incondicional” no cuidado e no abandono de animais de estimação. *Caderno Eletrônico de Ciências Sociais*. v. 3, n. 1, p. 112-132, 2017.

PEARSON, Chris. Beyond 'resistance': rethinking nonhuman agency for a 'more-than-human' world. *European Review of History*. v. 22, n. 5, p. 709-725, 2015.

PEREIRA, Pedro Paulo Gomes. Queer decolonial: quando as teorias viajam. *Revista Semestral do Departamento e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar*. v. 5, n. 2, p. 411-437, 2015.

PINTO, Milton José. **As marcas lingüísticas de enunciação: esboço de uma gramática enunciativa do português**. Rio de Janeiro: NUMEN, 1994, 163p.

PRECIADO, Paul. El feminismo no es un humanismo. *El Estado Mental*, v. 5, 2014. Disponível em <https://elestadomental.com/revistas/num5/el-feminismo-no-es-un-humanismo>. Acesso em 10 jan 2019.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder y clasificación social. *Journal of World-System Research*. v. 5, n. 2, p. 342-86, 2000.

QUIJANO, Aníbal. **Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder: antología esencial**. Buenos Aires: Clacso, 2014.

QUIJANO, Aníbal; WALLERSTEIN, Immanuel. Americanity as a Concept, or the Americas in the Modern World. *International Social Science Journal*. v. 44, n. 4, p. 549-557, 1992.

QUINTERO, Pablo. Notas sobre la teoría de la colonialidad del poder y la estructuración de la sociedad en América Latina. *Centro de Estudios Interdisciplinarios en Etnolingüística y Antropología Socio-Cultural*, papeles de trabajo n.19, p.1-15. 2010.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Sujeito de direito: algumas considerações em torno do direito dos animais. *Revista Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*. v. 2, n. 3, p. 119-139, 1997.

REPÚBLICA DE COLOMBIA - CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-622/16*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-622-16.htm>>. Acesso em: junho de 2019.

REGAN, Tom. **The Case for Animal Rights**. Berkeley: University of California Press, 2004, 425p.

REGAN, Tom. **Jaulas vazias**. Porto Alegre: Lugano, 2006, 294p.

REGAN, Tom. **Defending animal rights**. Champaign: University of Illinois Press, 2001, 200p.

REGAN, Tom. The nature and possibility of an environmental ethic. In: **Environmental Philosophy: from animal rights to radical ecology**. Upper Saddle River NJ: Prentice Hall, p. 19-34, 1998.

RESENDE, Viviane de Melo. Direitos Humanos para quem? Políticas públicas e representação da gestão espacial da pobreza urbana em o globo. *Trabalhos em Linguística Aplicada*. v. 57, n. 2, p. 616-644, 2018.

RESENDE, Viviane de Melo; SANTOS, Andreia Alves dos. A representação de pessoas em situação de rua quando vítimas de chacina: uma análise discursiva crítica. *Revista latinoamericana de estudios del discurso*. v. 12, n. 2, p. 81-102, 2016.

RESENDE, Viviane de Melo. Decolonizar os estudos críticos do discurso: por perspectivas latino-americanas. *Conferência proferida no XII Congresso Internacional da Associação Latino-Americana de Estudos do Discurso–ALED*. Aula Magna, Centro de Extensão, p.1-16, 2017.

RODRIGUES, Danielle Tetu. *O Direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, 246p.

ROCHA, Ethel Menezes. Animais, homens e sensações segundo Descartes. *Kriterion: Revista de Filosofia*. v. 45, n. 110, p. 350-364, 2004.

ROLLO, Sandro Cavalcanti. O habeas corpus para além da espécie humana. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2016.

ROMAGUERA, Daniel Carneiro Leão; TEIXEIRA, João Paulo Allain; BRAGATO, Fernanda Frizzo. Por uma crítica descolonial da ideologia humanista dos Direitos Humanos. *Derecho y Cambio Social*. v. 11, n. 38, p. 1-27, 2014.

ROSE, Deborah Bird; VAN DOOREN, Thom; CHRULEW, Matthew. **Extinction Studies: Stories of Time, Death and Generations**. New York: Columbia University Press, 2017, 256p.

RYDER, Richard Dudley. **Victims of science. the use of animals in research**. London: Davis-Poynter Ltd., 1975, 269p.

SÁ, Guilherme. Afinal, você é um homem ou é um rato? *Campos-Revista de Antropologia*. v. 14, n. 1/2, p. 243-259, 2013a.

SÁ, Guilherme. **No mesmo galho: antropologia de coletivos humanos e animais**. Rio de Janeiro: 7Letras, 2013b, 224p.

SAEED, Raza. Contested Legalities, (de) coloniality and the State: Understanding the Socio-legal Tapestry of Pakistan. Tese (Doctor of Philosophy in Law), Warwick: University of Warwick, 2014.

SANTANA, Luciano Rocha. **A teoria dos direitos animais de Tom Regan: ampliando as fronteiras da comunidade moral e de direitos para além do humano**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2016, 193p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos estudos – CEBRAP*. n. 79, p. 71-94, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa; ARAÚJO, Sara; BAUMGARTEN, Maíra. As Epistemologias do Sul num mundo fora do mapa. *Sociologias*. v. 18, n. 43, p. 14-23, 2016.

SAUERBRONN, Fernanda Filgueiras; AYRES, Rosângela Mesquita; LOURENÇO, Rosenery Loureiro. *Perspectivas pós-coloniais e decoloniais: Uma proposta de agenda de pesquisa em Contabilidade no Brasil*. Encontro da Anpad, 40, Anais...p.120-148, 2016.

SEGATA, Jean. A doença socialista e o mosquito dos pobres. *Iluminuras*. v. 17, n. 42, p.372-389, 2016.

SEGATA, Jean. Os cães com depressão e os seus humanos de estimação. *Anuário Antropológico*. n. II, p. 177-204, 2012.

SEGATO, Rita Laura. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. *E-cadernos CES*. n. 18, p.106-131, 2012.

SELLTIZ, Claire. **Métodos de pesquisa nas relações sociais**. São Paulo: Herder, 1967, 687p.

SERNA, Daniel Ruiz; DEL CAIRO, Carlos. Los debates del giro ontológico en torno al naturalismo moderno, *Revista de Estudios Sociales*. 55, p.193-204, 2016.

SILVA, Marciano Antonio da; LAGE, Allene Carvalho. Histórias negadas e memórias esquecidas das heroínas de Tejucupapo. In: *Congreso ALAS*, 31. Anais... p.1-17, 2017.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual*. *Revista do Direito Animal*. v. 65, p. 333-363, 2012.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Direito animal e ensino jurídico: formação e autonomia de um saber pós-humanista*. Salvador: Evolução, 2014, 180p.

SILVA, Tatiana Mareto; KROHLING, Aloísio. Um repensar ético sobre a sustentabilidade à luz da ecologia profunda. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES*. v. 7, n. 1, 2019.

SILVA, Alan Curcino Pedreira da; NUNES, Maria de Fátima; PEQUENO, Marconi José Pimentel. Um percurso pela Filosofia Prática e História das Ciências sobre a constituição dos zoológicos como espaços de lazer e de musealização científica. *Revista Iberoamericana de Turismo*. v. 5, n.1, p. 147-169, 2015.

SILVA, Ana Rafaela Rodrigues da; COLARES, Virgínia. processo judicial: a análise de dispositivos de modalização nas interações interpessoais nos juizados especiais criminais. *Intercâmbio*. v. 15, 2006.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, 488p.

SMITH, Linda Tuhiwai. **Decolonizing methodologies: research and indigenous peoples**. 2nd ed. Dunedin: University of Otago Press, 2012, 256p.

SOUZA, António José Ferreira Marnoco e. **História das instituições do direito romano, peninsular e português**. Coimbra: França Amado, 1910, 574p.

SOUZA, Iara Maria de Almeida. Vidas experimentais: humanos e roedores no laboratório. *Etnográfica*. v. 17, n. 2, p. 241-268, 2013.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, 127p.

STEWART, Helen. Animal Agency. *Inquiry*. v. 52, n. 3, p. 217-231, 2009.

SUNSTEIN, Cass R.; NUSSBAUM, Martha C. **Animal Rights: Current Debates and New Directions**. Oxford: Oxford University Press, 2005, 338p.

SÜSSEKIND, Felipe. Onças e humanos em regimes de ecologia compartilhada. *Horizontes Antropológicos*. n. 48, p. 49-73, 2017.

SÜSSEKIND, Felipe. Sobre a vida multiespécie. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*. n. 69, p. 159-178, 2018b.

SÜSSEKIND, Felipe. Natureza e Cultura: Sentidos da diversidade. *Interseções: Revista de Estudos Interdisciplinares*. v. 20, n. 1, p. 236-254, 2018a.

SÜSSEKIND, Felipe. **O rastro da onça: relações entre humanos e animais no Pantanal**. Rio de Janeiro: Editora 7Letras, 2014, 203p.

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

STRUIK, Paul C.; YIN, Xinyou; MEINKE, Holger. Plant neurobiology and green plant intelligence: science, metaphors and nonsense. *Journal of the Science of Food and Agriculture*. v. 88, n. 3, p. 363-370, 2008.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. Contribuição do direito comparado às fontes do direito brasileiro. *Prisma Jurídico*. n. 5, p.59-77, 2006.

TAYLOR, Affrica; PACINI-KETCHABAW, Veronica. Learning with children, ants, and worms in the Anthropocene: towards a common world pedagogy of multispecies vulnerability. *Pedagogy, Culture & Society*. v. 23, n. 4, p. 507-529, 2015.

TELLES, José Homem Corrêa. **Commentario critico a Lei da Boa Razao**. Lisboa, Typografia de M.P. de Lacerda, 1865, 68p.

TORRE RANGEL, Jesús Antonio De la. **El derecho como arma de liberación en América Latina: sociología jurídica y uso alternativo del derecho**. San Luis Potosí: UASLP: CENEJUS: CEDH, 2006, 202p..

TREWAVAS, Tony. Plant intelligence: an overview. *BioScience*. v. 66, n. 7, p. 542-551, 2016.

TSING, Anna. Margens Indomáveis: cogumelos como espécies companheiras. *Ilha Revista de Antropologia*. v. 17, n. 1, p. 177-201, 2015a.

TSING, Anna. **The mushroom at the end of the world: on the possibility of life in capitalist ruins**. Princeton: Princeton University Press, 2015b, 352p.

ULLOA, Astrid. **Rostros Culturales de la Fauna. Las relaciones entre los humanos y los animales en el contexto colombiano**. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología y Historia, 2002, 343p.

VALDERRAMA-VÁSQUEZ, Carlos Andrés. Wild hippos in Colombia. *Aliens: The Invasive Species Bulletin*. v. 32, n. 8, p. 12, 2012.

VAN DOOREN, Thom. **The Wake of Crows: Living and Dying in Shared Worlds**. Columbia University Press: New York, 2019, 304p.

VAN DOOREN, Thom; KIRKSEY, Eben; MÜNSTER, Ursula. Multispecies studies: Cultivating arts of attentiveness. *Environmental Humanities*. v. 8, n. 1, p.1-23, 2016.

VANDER VELDEN, Felipe. **Inquietas companhias: sobre os animais de criação entre os Karitiana**. São Paulo: Editora Alameda, 2012, 358p.

VANDER VELDEN, Felipe. **Jóias da floresta: antropologia do tráfico de animais**. São Paulo: EDUFSCAR, 2018, 279p.

VERGUEIRO, Viviane. Pensando a cisgeneridade como crítica decolonial. In: MESSEDER, Suely; CASTRO, Mary Garcia; MOUTINHO, Laura (Org.). **Enlaçando Sexualidades: uma tessitura interdisciplinar no reino das sexualidades e das relações de gênero**. Salvador: EDUFBA, p.249-270, 2016.

VARELA, Francisco; MATURANA, Humberto. *De máquinas y seres vivos*. Autopoiesis: la organización de lo vivo, Santiago de Chile, 1997, 137p.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tabula Rasa*. v.9, julio-diciembre, p. 131–152, 2008.

WALSH, Catherine; SCHIWY, Freya; CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **Indisciplinar las ciencias sociales: geopolíticas del conocimiento y colonialidad del poder: perspectivas de lo andino**. Quito: Abya Yala, 2002, 248p.

WISE, Steven. **Rattling the cage: Toward legal rights for animals**. Boulder: Westview Publishing, 2000, 362p.

WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar (Org.) **Crítica jurídica na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2013, 1365p.

WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, 218p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia. In: VICEPRESIDENCIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. **Bolivia Nueva Constitución Política del Estado: Conceptos elementales para su desarrollo**. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, p. 1-31, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La Pachamama y el humano**. Buenos Aires: Colihue, 2011, 158p.

ZANUZZI, Iara. Aristóteles e os animais. In: OLIVEIRA, Jelson (Ed.) **Filosofia Animal: humano, animal, animalidade**. Curitiba: Pucpress, p. 1-15, 2016.

ZORRILLA, Manuel Sánchez; CHIMBOR, David Zavaleta. El derecho en una sociedad ágrafa: investigación jurídico-epistemológica sobre el derecho y el derecho consuetudinario en la sociedad inca. In *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. n. 14, p. 111-135, 2011.

ZUBERBÜHLER, Klaus. Interspecies semantic communication in two forest primates. *Proceedings of the Royal Society of London. Series B: Biological Sciences*. v. 267, n. 1444, p. 713-718, 2000.

ANEXO A – Decisão no habeas corpus do caso Suíça x jardim zoológico de Salvador

HABEAS-CORPUS Nº 833085-3/2005.
 IMPETRANTES: DRS. HERON JOSÉ DE SANTANA E LUCIANO ROCHA
 SANTANA - PROMOTORES DE JUSTIÇA DO MEIO AMBIENTE E OUTROS.
 PACIENTE: CHIMPANZÉ "SUIÇA".

Vistos etc.

Os Drs. HERON JOSÉ DE SANTANA e LUCIANO ROCHA SANTANA, Promotores de Justiça do Meio Ambiente e demais entidades e pessoas físicas indicadas na petição de fls. 2, impetraram este HABEAS CORPUS REPRESSIVO, em favor da chimpanzé "Suíça" (nome científico *anthropopithecus troglodytes*), macaca que se encontra enjaulada no Parque Zoobotânico Getúlio Vargas (Jardim Zoológico de Salvador), situado na Av. Ademar de Barros, nesta Capital, sendo indicado como autoridade coatora, do ato ora atacado como ilegal, o Sr. Thelmo Gavazza, Diretor de Biodiversidade da Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Hídricos - SEMARH.

Para sustentar a impetração, alegaram os requerentes que "Suíça" está aprisionada em jaula que apresenta sérios problemas de infiltrações na estrutura física, o que estaria impossibilitando o acesso do animal à área de cambiamento direto, que possui tamanho maior e ainda ao corredor destinado ao manejo do animal, jaula esta com área total de 77,56 m² e altura de 4,0 metros no solário, e área de confinamento de 2,75 metros de altura, sendo privada, portanto, a chimpanzé, de seu direito de locomoção.

Pretendendo demonstrar da admissibilidade do *Writ*, os impetrantes, em suma, sustentam que "numa sociedade livre e comprometida da garantia da liberdade e com a igualdade, as leis evoluem de acordo com as maneiras que as pessoas pensam e se comportam e, quando as atitudes públicas mudam, a lei também muda, acreditando muitos autores que o Judiciário pode ser um poderoso agente no processo de mudança social".

Afirmam, também, em síntese, que a partir de 1993, um grupo de cientistas começou a defender abertamente a extensão dos direitos humanos para os grandes primatas, dando início ao movimento denominado "Projeto Grandes Primatas", que conta com apoio de primatólogos, etólogos e intelectuais, que parte do ponto de vista que humanos e primatas se dividiram em espécies diferentes há mais ou menos 5 ou 6 milhões de anos, com uma parte evoluindo para os atuais chimpanzés e bonobos e outra para os primatas bípedes eretos, dos quais descendem o *Homo Australopithecus*, o *Homo Antropithecus* e o *Homo Parantropus*, resumindo, a pretensão é de equiparar os primatas aos seres humanos para fins de concessão de Habeas Corpus.

Ultimando, dizem os impetrantes, que o presente *Writ* se constitui em o único instrumento possível para, ultrapassando o sentido literal de pessoa natural, alcançar também os homínideos, e, com base no conceito de segurança jurídica (ambiental), conceder ordem de *Habeas Corpus* em favor da chimpanzé "Suíça", determinando a sua transferência para o Santuário dos Grandes Primatas do GAP, na cidade de Sorocaba, Estado de São Paulo, que, inclusive, já disponibilizou o transporte para a execução da devida transferência.

Poder-se-ia extrair, dos próprios tópicos da longa petição inicial, subsídios

suficientes para - "ab initio litis" - decretar-se a extinção do processo e mandar arquivá-lo, ao argumento de impossibilidade jurídica do pedido, ou por ineficácia jurídica absoluta do instrumento escolhido pelos impetrantes, ou seja, um HC para transferir um animal do ambiente em que vive, para outro local. Mas, visando provocar a discussão, em torno do evento, com pessoas e entidades ligadas à área do Direito Processual Penal, achei mais viável admitir o debate.

Efetivamente, se trata de caso inédito nos anais da Justiça da Bahia, embora tenha eu conhecimento de que houve um caso, há alguns anos atrás, julgado pelo STF, em que um advogado do Rio de Janeiro, juntamente com a Sociedade Protetora dos Animais, impetrou um Habeas Corpus, para libertar um pássaro aprisionado em gaiola, todavia, o pleito não foi acolhido, tendo o relator, eminente ministro Djaci Falcão se inclinado pelo indeferimento, como o foi, entendendo ele que "Animal não pode integrar uma relação jurídica, na qualidade de sujeito de direito, podendo ser apenas objeto de direito, atuando como coisa ou bem" (STF RHC - 63/399).

Com 24 anos de magistratura, atuando sempre em Varas Criminais, é este o primeiro caso que me veio às mãos, em que paciente de Habeas Corpus é um animal, precisamente uma chinpanzé. Entretanto, o tema merecia uma ampla discussão, eis que a matéria é muito complexa, exigindo alta indagação, que importaria em aprofundado exame dos argumentos "prós e contras", por isso indeferi a concessão liminar "inaudita altera pars" do Habeas Corpus, preferindo colher informações para instruir o pedido à autoridade coatora, no caso o Sr. Thelmo Gavazza, Diretor de Biodiversidade da Secretaria de Meio Ambiente, concedendo a esta o prazo de 72 horas para fazê-lo. É certo que, com tal decisão inicial, admitindo o debate em relação ao assunto aqui tratado, contrariei alguns "juristas de plantão", que se esqueceram de uma máxima de Direito Romano que assim preceitua: "Interpretatio in quacumque dispositione sic facienda ut verba non sint superflua et sine virtute operandi" (em qualquer disposição deve-se fazer a interpretação de modo que as palavras não sejam superfluas e sem virtude de operar), e também das sábias palavras do saudoso Prof. Vicente Ráo, ao escrever sua monumental obra - O Direito e a Vida dos Direitos:

"Os juristas não devem visar aplausos demagógicos, de que não precisam. Devem, ao contrário, firmar, corajosamente, os verdadeiros princípios científicos e filosóficos do Direito, proclamá-los alto e bom som, fazê-los vingar dentro do tumulto legislativo das fases de transformações ditadas pelas contingências sociais, deles extraindo as regras disciplinadoras das novas necessidades, sem sacrifício da liberdade, da dignidade, da personalidade do ser humano".

Influiu a que fosse admitida a discussão sobre esse tema inédito, as condições intelectuais dos impetrantes, a quem se credita amplos conhecimentos jurídicos, notadamente em se tratando de Promotores de Justiça e Professores de Direito, que ora destaco, dentre aqueles que se apresentam como requerentes, para obtenção deste remédio heróico.

No dia final do prazo de 72 horas para as informações, a ilustre autoridade impetrada coatora - o Sr. Diretor de Biodiversidade da SEMARH - ingressou neste Juízo com o requerimento de fls. 166, requerendo a dilação do prazo que lhe fora concedido, em mais 72 horas, pois devido à tramitação interna do expediente

encaminhado por esta Vara Criminal, houve demora na colheita dos elementos necessários para que informações precisas fossem prestadas.

Acolhi o pedido de dilatação do prazo, o estendendo em mais 72 horas, e o fiz por entender que sendo a Diretoria de Biodiversidade da Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Hídricos órgão público da Administração Direta, repartição que não pode ser equiparada a uma Delegacia de Polícia (é comum em habeas corpus que a autoridade apontada coatora seja sempre um Delegado de Polícia), não estando, portanto, a autoridade coatora acostumada a se deparar com esse tipo de processo, como já o tem uma autoridade policial, que lida com presos humanos, não seria justo o indeferimento do pedido de prorrogação, até porque teve os impetrantes, por suposição, tempo suficiente para pesquisar e reforçar suas teses, com opiniões de diversas pessoas e entidades ligadas ao assunto ora em discussão.

Entretanto, com grande surpresa, tomei conhecimento, através de uma segunda petição enviada a esta Vara Criminal e assinada pelo Senhor Diretor de Biodiversidade da SEMARH, juntada nas fls. 168 dos autos, recebida na data de hoje, neste Julho (dia 27/09/2005), que a chimpanzé "Suiça", paciente neste Habeas Corpus, veio a óbito no interior do Jardim Zoológico de Salvador, esclarecendo o comunicante, que o fato lamentável se deu "apesar de todos os esforços olvidados e mesmo diante dos cuidados sempre existentes com a chimpanzé". A notícia me pegou de surpresa, causando tristeza, sem dúvida, pois fiz uma visita incôgnita ao Jardim Zoológico de Ondina, na tarde do dia 21/10/2005, sábado passado, e não percebi nenhuma anormalidade aparente com a chimpanzé "Suiça", embora queira deixar claro que não sou "expert" na matéria.

Tenho a certeza que, com a aceitação do debate, consegui despertar a atenção de juristas de todo o país, tornando o tema motivo de amplas discussões, mesmo porque é sabido que o Direito Processual Penal não é estático, e sim sujeito a constantes mutações, onde novas decisões têm que se adaptar aos tempos hodiernos. Acredito que mesmo com a morte de "Suiça", o assunto ainda irá perdurar em debates contínuos, principalmente nas salas de aulas dos cursos de Direito, eis que houve diversas manifestações de colegas, advogados, estudantes e entidades outras, cada um deles dando opiniões e querendo fazer prevalecer seu ponto de vista. É certo que o tema não se esgota neste "Writ", continuará, indubitavelmente, provocando polêmica. Enfim. Pode, ou não pode, um primata ser equiparado a um ser humano? Será possível um animal ser liberado de uma jaula através de uma ordem de Habeas Corpus?

Quanto à decisão final em si, cabe lembrar que, diz o art. 659, do C.P.P.B.: "Se o Juiz ou Tribunal verificar que já cessou a violência ou coação ilegal, julgará prejudicado o pedido". Assim, equivale dizer que, com a morte da chimpanzé, paciente no caso, o Habeas Corpus perdeu o seu objeto, a sua razão de ser, cessando-se, por consequência, o interesse de agir. Eis a doutrina:

"Em se tratando de ação, é preciso que exista interesse do impetrante em conseguir o provimento jurisdicional para fazer cessar o constrangimento ilegal, já consumado ou em vias de ocorrer. Por isso, caso não mais subsista a violência ou coação, é natural que uma das condições da ação tenha desaparecido, dando ensejo ao não conhecimento do *habeas corpus*" (Guilherme de Souza Nucci, Código de Processo Penal Comentado, 2ª Edição 2003, página 878).

"O julgamento do pedido de *habeas corpus*, quer pelo juiz singular, quer pelo tribunal competente, pode ser julgado prejudicado, quando se apurar ser irreal o constrangimento alegado: Se o juiz ou tribunal verificar que cessou a violência ou coação ilegal, julgará prejudicado o pedido" (art. 659, CPP) - Habeas Corpus - Heráclito Antônio Mossin, 4ª Edição 1998, página 192.

Por outro lado, o art. 267, do Código de Processo Civil em vigor, estatui que extingue-se o processo, sem julgamento do mérito, no seu inciso IV, quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

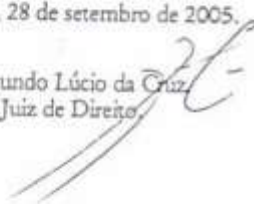
O Código de Processo Civil também se aplica subsidiariamente, por analogia, à área processual penal, na parte em que for cabível.

De tudo quanto foi exposto, sem examinar o mérito, julgo o *certiorari* prejudicado e decreto a extinção do processo, determinando o seu arquivamento.

Publique-se. Intimem-se e arquivem-se cópia autenticada em Cartório.

Salvador, 28 de setembro de 2005.

Edmundo Lúcio da Cruz
Juiz de Direito



ANEXO B – Sentença no Habeas Corpus em favor de Ceçilia



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

	EXPTE. NRO. P-72.254/15
	"PRESENTACIÓN EFECTUADA POR
	A.F.A.D.A RESPECTO DEL
CHIMPANCÉ	"CECILIA"- SUJETO NO
HUMANO"	

MENDOZA, 03 de noviembre de 2.016.

Y VISTOS:

Estos autos nro. P-72.254/15 arriba intitulados iniciados en este Tercer Juzgado de Garantías a fin de resolver la acción de habeas corpus en favor de la Chimpancé Cecilia, interpuesta por el Dr. Pablo Buompadre, Presidente de A.F.A.D.A., con el patrocinio letrado del Dr. Santiago Rauek,

DE LO QUE RESULTA:

I.- Que a fs. 01/07 el Dr. Buompadre argumenta que Cecilia ha sido privada ilegítimamente y arbitrariamente de su derecho de la libertad ambulatoria y a una vida digna por parte de autoridades del zoológico de la Ciudad de Mendoza, Argentina. Que su estado de salud físico y psíquico se halla profundamente deteriorado y empeorado día a día con evidente riesgo de muerte siendo deber del estado ordenar urgentemente la libertad de esta persona no humana, que no es una cosa y, por ende, no puede estar sujeto al régimen jurídico de la propiedad sobre la cual cualquier persona pueda tener el poder de disposición de ella.

Expresa el Dr. Buompadre que peticona la liberación de la chimpancé Cecilia, privada arbitraria e ilegalmente de su libertad en el Zoo de Mendoza, y su posterior e inmediato traslado y reubicación final

en el Santuario de Chimpancés de Sorocaba ubicado en el Estado de Sao Paulo, República Federativa del Brasil u otro que se establecerá al efecto oportunamente, previa evaluación de especialistas de la especie. Todo ello de conformidad a lo previsto en los arts. 43 de la Constitución Nacional, arts. 17, 19, 21 y cc de la Constitución Provincial de Mendoza, art. 440 y ss del Código Procesal Penal de Mendoza o, subsidiariamente, en lo previsto en la Ley Nacional n° 23.098 u otras leyes y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, art. 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, que resulten aplicables al caso.

Refiere el presentante que Cecilia es una chimpancé hembra, científicamente denominada "Pan troglodytes", de unos "30" años de edad, que casi la totalidad de su vida vivió en cautiverio en el Zoológico de Mendoza, en una jaula de cemento que es verdaderamente aberrante, en otras palabras, se encuentra ilegalmente privada de su libertad, siendo una clara prisionera y esclava hace más de 30 años en el zoológico de Mendoza solo por decisión arbitraria de sus autoridades, afectándose de esta forma, al menos, dos de sus derechos básicos fundamentales, su libertad ambulatoria y locomotiva y el derecho a una vida digna que por esta vía pretenden hacer cesar.

Argumenta el Dr. Buompadre que la chimpancé se encuentra viviendo en condiciones deplorables, en una jaula con piso y muros de cemento, extremadamente pequeña para un animal no humano de esa especie con un muy reducido habitáculo. Que no cuenta siquiera con mantas o paja para acostarse, en la cual pueda resguardarse de las inclemencias del tiempo o del propio viento, a lo que los chimpancés le tiene mucho miedo, o de los ruidos y gritos de las constantes visitas escolares y público en general que visitan ese establecimiento y de los elementos que a esta le lanzan como mero "objeto de burlas", lugar al



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXpte. NRO. P-72.254/15

que prácticamente le llega la luz solar muy pocas horas al día, exponiendo a la primate a altas temperaturas, que en verano superan los 40° recalentando el piso y las paredes de cemento, y en invierno se hallan por debajo de los 0°, incluso nevando en varias oportunidades y congelando las superficies, con total falta de higiene y llena de excrementos que no se limpian diariamente.

Agrega que luego de la muerte de sus compañeros de celda "Charly" (julio 2014) y Xuxa (enero/2015), la chimpancé Cecilia se encuentra viviendo de modo absolutamente solitario sin ningún tipo de compañía de sus congéneres, siendo que los chimpancés son animales extremadamente "sociales", sin ningún espacio verde o árboles para ejercitarse ni tampoco algún enriquecimiento ambiental, como instrumentos y juegos para entretenerse, y sin contar con un bebedero propio, con el que pueda saciar su sed cuando lo desee, condiciones estas que han agravado su situación poniendo en evidente riesgo su vida y su salud física y psíquica, en función de la edad que posee, las características propias de la especie y fundamentalmente por el propio estrés con el que ya vive en cautiverio.

Manifiesta el presentante que desde su alojamiento en el zoo de esta chimpancé, por más de tres décadas, nada se hizo desde ese establecimiento y sus autoridades a favor del bienestar de esta Gran Primate, la han tenido esclavizada, privada de libertad de modo arbitrario e ilegal, sin ninguna otra finalidad que la de ser exhibida al público como objeto circense. Esto nunca mejoró, ni incluso a fines de 2013 con la enorme presión social y relevancia de los acontecimientos

que pusieron al descubierto la grave situación de esta “cárcel de animales”.

Considera el Dr. Buompadre que Cecilia, a pesar de tener una identidad genética del 99,4% con cualquier ser humano, fue y es una verdadera esclava del zoo de Mendoza, discriminada por su especie, víctimas de lo que la Filosofía y la Ética llaman “Especismo Antropocentrico”, a lo que se está tratando como esclava, privándola injusta e ilegítimamente de su libertad locomotiva, como a muchos otros no humanos. Cecilia tampoco ha cometido delito algún para estar padeciendo un sufrimiento innecesario de esta naturaleza, en una situación de confinamiento extremo que no es otra cosa que un encierro ilegítimo e injustificado sine die de un ser sintiente, que no es una cosa y no debe ser tratada como tal, y sin que dicho encierro haya sido ordenado por una autoridad competente -juez.

Entiende el presentante que las condiciones de cautividad para esta especie, como es en la que se halla Cecilia en el Zoo de Mendoza, son verdaderamente aberrantes, no solo por las circunstancias antes descritas, sino también por las características etológicas de estos homínidos que son seres que sienten, se organizan en grupo sociales, son animales gregarios que viven en grandes grupos familiares con una jerarquía determinada; además de poseer autoconciencia, cuentan con habilidades específicas como las de reconocerse a si mismos, fabricar herramientas e incluso poseen el concepto de “cultura” con enseñanzas que se heredan de padres a hijos.

Señala el Dr. Buompadre que un chimpancé no es una mascota y tampoco puede ser usado como mero objeto de diversión, cobayo de experimentación o mera exhibición. Ellos piensan, sienten, se afeccionan, odian, sufren, aprende e inclusive transmiten lo aprendido.



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXPTE. NRO. P-72.254/15

Agrega que la proximidad entre el hombre y el chimpancé es tal que éste puede ser donador de sangre para humanos y viceversa, son entes individuales y únicos, poseen necesidades emocionales. Son seres racionales y emocionales.

Expresa el presentante que no se pretende que se considere a chimpancés, gorilas, orangutanes y bonobos como humanos, que no lo son, sino como homínidos que sí son.

Señala el presidente de A.F.A.D.A que la manutención de animales en cautiverio en ambientes artificiales e inadecuados y sobre todo para esta especie en particular, constituye un evidente acto de abuso por parte de las autoridades que la tienen en esa situación de aislamiento y confinamiento extremo, constituyendo eso un clara y verdadera trasgresión a la ley de malos tratos y actos de crueldad a los animales (Ley. Nac. 14346) y a la Ley de Conservación de la Fauna Silvestre (Ley Nac. 22.421) actualmente vigentes en nuestro país, que llevará a Cecilia, prona e irremediabilmente, a la pérdida de su propia identidad y seguramente a un destino mortal que se pretende impedir.

En definitiva, manifiesta el Dr. Buompadre, Cecilia es una persona no humana, inocente, que no ha cometido delito alguno y que ha sido condenada a vivir en el encierro de una forma arbitraria e ilegítima, sin proceso previo, legal y válido, dispuesto por una autoridad pública que no es judicial, zoológico de Mendoza, donde actualmente cumple una pena de prisión (establecimiento que no garantiza mínimamente sus condiciones de "Bienestar animal") y que nunca tuvo la más mínima posibilidad de ser libre y de vivir esa libertad, aunque sea en sus últimos días de vida.

Seguidamente, el Sr. Presidente de A.F.A.D.A realiza una exposición sobre los antecedentes de Habeas Corpus de Grandes Primates y sobre la admisibilidad de la acción de Habeas Corpus. Luego realiza un pormenorizado análisis de la extensión de derechos básicos fundamentales humanos a los grandes primates.

Finalmente, el Dr. Buompadre efectúa un análisis sobre el chimpancé como sujeto de derecho y los zoo como cárceles de animales.

III.- Y CONSIDERANDO:

Que a fs. 35/79 se encuentra agregado informe sobre la situación del chimpancé Toti en el Zoológico de Bualcó por el Sr. Pedro Pozas Terrados.

A fs. 99/103 el Dr. Fernando Simón, Fiscal de Estado de la Provincia de Mendoza, contestó la acción interpuesta por A.F.A.D.A y solicitó el rechazo de la acción intentada. Expresó el Fiscal de Estado que la acción carece del elemento más importante que es la existencia de persona humana y no un animal, el que para la legislación actual continúan siendo una cosa, tal como lo establece el art. 227 del C.C. Sin perjuicio de entender que los animales merecen protección, no comparten la asimilación que se hace de ellos a la persona como sujetos de derechos en general y destinatario de la protección de la garantía del habeas corpus.

Agregó el Fiscal de Estado que con la falta de cumplimiento de los requisitos básicos, se puede advertir que no se está ante una detención tal como el accionante intenta demostrar, ya que ella es una medida cautelar personal que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria ordenada por una autoridad competente. Añade



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXPTE. NRO. P-72.254/15

que la libertad ambulatoria es un derecho personalísimo del que solo gozan las personas humanas, y no los animales o los llamados sujetos no humanos, como de manera dogmática y carente de fundamentos jurídicos se intentan hacer valer mediante esta acción. Que no estamos ante un acto ilegal, ya que el zoológico de la provincia fue creado el día 18 de mayo del año 1903, el que se acordó mediante la promulgación de la Ley Nro. 30 del año 1897, el que contempla la tenencia de distintos animales, los que permanecen dentro del recinto, y que por una cuestión de seguridad hacia las cosas y las personas humanas, son albergados dentro de jaulas confeccionadas especialmente para cada una de las especies.

Entendió el Sr. Fiscal de Estado que la A.F.A.D.A carece de capacidad procesal dado que no está acreditado que exista y que tenga capacidad jurídica.

En subsidio, expresa que existe improcedencia sustancial activa dado que el Titular de la acción sería un animal (cosa) y no una persona humana, ya que conceptualmente habiendo legitimación es el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace a favor de un sujeto (persona humana), en cuya virtud le confiere la posibilidad de ejercitar eficazmente su poder de acción en base a la relación existente entre el sujeto y los derechos e intereses legítimos cuya tutela jurisdiccional pretende.

A fs. 87 obra agregada acta en la que se consigna que el día 7 de julio de 2015 el personal jerárquico de este Tercer Juzgado de Garantías, integrado por la Dra. María Alejandra Mauricio, Juez de Garantías, el Dr. Gerardo Manganiello, Secretario Ad Hoc y la Dra. S.

Amalia Yornet, Prosecretaria, concurrieron al Zoológico de la Provincia de Mendoza, donde se llevó a cabo una inspección ocular.

A fs. 112/147 corre agregada copia certificada del expediente administrativo nro. 332-D-2.015-18010, el cual tramita en la Administración de Parques y Zoológicos.

A fs. 150/153 se encuentra agregado informe remitido por el Méd. Vet. Gustavo Pronotto, en aquel momento Director del Zoológico.

A fs. 158 obra agregada acta en la que se consignó que comparecieron ante este Tribunal el Dr. Pablo Buompadre, Presidente de AFADA, el letrado patrocinante Dr. Santiago Rauek, el Dr. Claudio Sar Sar y el Dr. Cristian Thompson por Fiscalía de Estado, el Dr. Alejo Guajardo de Asesoría de Gobierno, el Dr. Gustavo Pronotto, Director del Zoológico de la Provincia de Mendoza y el Dr. Raúl Horacio Vicchi de Coordinación de Políticas Públicas del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza, a efectos de llevar a cabo la audiencia programada respecto del chimpancé Cecilia.

A fs. 161/165 el Dr. Fernando Simon, Fiscal de Estado de la Provincia de Mendoza, presentó propuesta de traslado de Cecilia al Zoológico de Bubalco, conforme audiencia del día 02 de septiembre del año 2015.

A fs. 184/210 obra agregada pericia efectuada por ...

A fs. 214/234 se encuentra agregada pericia realizada por la Médica Veterinaria Dra. Jennifer Ibarra.

A fs. 235/240 corre agregada pericia llevada a cabo por el Médico Veterinario Dr. José Emilio Gassull.

A fs. 244 se encuentra agregada acta en la que se consignó que el personal jerárquico de este Tribunal se constituyó en el Zoológico de la Provincia de Mendoza y constató que en el recinto contiguo a la



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXPTE. NRO. P-72.254/15

jaula donde se encuentra alojada Cecilia existe una obra en construcción que se habría iniciado con dinero de particulares.

A fs. 246/247 rola agregado informe remitido por el Ministerio de Tierras, Ambientes y Recursos Naturales de la Provincia de Mendoza.

A fs. 275/281 corre agregado informe de SENASA.

A fs. 284 vta. se encuentra agregada acta en la que se consignó lo acontecido en audiencia en los estrados de este Tercer Juzgado de Garantías a la que asistieron el letrado patrocinante de A.F.A.D.A Dr. Santiago Rauek, el Dr. Claudio Sar Sar y el Dr. Cristian Thompson por Fiscalía de Estado, el Dr. Alejo Guajardo de Asesoría de Gobierno y las nuevas autoridades, la Ing. Mariana Carm como Directora del Zoológico de la Provincia de Mendoza, la Dra. Paula Llosa, asesora letrada, y el Sr. Humberto Mingorance, Secretario de Ambiente y Ordenamiento Territorial, el Lic. Eduardo Sosa, Jefe de Gabinete, ante la presencia de la titular del Tribunal y la Sra. Secretaria autorizante. En esa audiencia las partes acordaron que la mejor opción es enviar a la chimpancé Cecilia al Santuario de Brasil.

A fs. 287/309 la Magister Mariana Caram, Directora del Zoológico, Adm. de Parques y Zoológico, el Arq. Ricardo Mariotti, Administrador General y el Lic. Humberto Mingorance, Secretario de Ambiente y Ordenamiento Territorial, señalaron que el traslado de Cecilia al Santuario de Brasil es factible. Los trámites y procedimientos necesarios para llevar a cabo el traslado requerirían un plazo de entre tres a seis meses, aproximadamente.

A fs. 310 este Tribunal otorgó a la Magister Mariana Caram, Directora del Zoológico, Adm. de Parques y Zoológico, el Arq. Ricardo Mariotti, Administrador General y el Lic. Humberto Mingorance, Secretario de Ambiente y Ordenamiento Territorial el plazo máximo de seis meses a fin de llevar a cabo los procedimientos que sean necesarios para el traslado de la chimpancé Cecilia a Sorocaba, Brasil.

IV.- Puesta a resolver la cuestión traída a conocimiento y decisión de este Tribunal entiendo que corresponde realizar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, y atento a los planteos efectuados por el Sr. Fiscal de Estado, he de referirme a la legitimación del presidente de A.F.A.D.A. y seguidamente a la competencia que atañe a este Tribunal para entender en las presentes actuaciones. Veamos:

a.- El cauce procesal elegido por los iniciadores no sujeta al tribunal. Debo sí respetar el principio de congruencia (art. 18 CN).

Se denunció una situación de hecho y se solicitó que esa situación cesara.

Me corresponde como juzgadora la calificación jurídica de la pretensión y de aquellos hechos que han sido probados en la causa, tanto más cuanto que, como se verá, la decisión que adoptaré no consistirá en una imputación penal, de modo que no se afectarán los principios de "nullum crimen", "nulla pena", etc.

Así procedió el juez del célebre caso "Kattan" (el caso de las "toninas overas").

Allí los actores habían requerido al juez que prohibiera la caza o captura de toninas overas en nuestro mar "hasta tanto existan



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXpte. NRO. P-72.254/15

estudios acabados acerca del impacto ambiental y faunístico que dicha caza pueda provocar”. La acción había sido motivada por dos autorizaciones otorgadas por el Poder Ejecutivo para capturar 14 toninas overas.

El juez sostuvo que “la estricta medida pedida supone una sentencia de futuro que, por tal motivo, no resulta viable”.

Pero agregó: “Sin embargo, por aplicación del principio “iura novit curia” considero que puedo anular las resoluciones permisivas que son las que han provocado la cuestión”. (Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, 10.05.83, “Kattan Alberto E. y otro c./Poder Ejecutivo Nacional sobre amparo” (firme), MJ-JU-M-8640-AR/MJJ8640).

Como se verá, entiendo que el caso planteado involucra la protección de un bien o valor colectivo, que más adelante identificaré y considero también que, dadas las particulares características tanto de fondo como procesales que la causa exhibe, no sólo estoy autorizada sino obligada a emitir resolución de fondo.

La Constitución Nacional reconoce expresamente desde 1994 una nueva categoría de derechos: los “derechos de incidencia colectiva” (art. 43 segundo párrafo CN), aludiendo –entre otros- al derecho al ambiente consagrado en el art. 41 CN citado.

El derecho al ambiente fue incorporado expresamente en el art. 41 CN con el siguiente texto, que me permito reproducir para facilitar la lectura de la argumentación que desarrollaré.

“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las

actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarias, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales...”

El “derecho al ambiente” es un “derecho de incidencia colectiva”.

Así resulta, sin duda alguna, del art. 43 CN que en su segundo párrafo consagra el denominado “amparo colectivo” en los siguientes términos: “... Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”

La noción de “derecho de incidencia colectiva” o “derecho difuso” se encontraba reconocida en nuestra Provincia aún antes de la reforma de la Constitución Nacional de 1994.

Recuérdese a nuestra pionera ley 5961 de 1993 sobre “preservación del ambiente”.



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXPTE. NRO. P-72.254/15

En su Título IV ("De la defensa jurisdiccional del ambiente") se regula un sistema de acciones destinados a la defensa jurisdiccional de derechos e intereses que hoy, con la terminología del art. 43 CN denominaríamos "de incidencia colectiva".

El Art. 16 que inicia el citado Título IV dispone que la defensa jurisdiccional se otorga a "los intereses difusos y los derechos colectivos, brindando protección a esos fines al medio ambiente, a la conservación del equilibrio ecológico, los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos" y a "cualesquiera otros bienes que respondan en forma idéntica a necesidades comunes de grupos humanos a fin de salvaguardar la calidad de la vida social" (Art. 16 ley 5961).

Sigamos.

El art. 41 CN incorpora una noción amplia de "ambiente", que incluye, junto al patrimonio natural, los valores culturales y la calidad de la vida social.

En cuanto al primero, téngase presente que la orangutana Cecilia integra la fauna silvestre de nuestro país y que, por tanto, está comprendida en el alcance de la ley nacional 22.421 de protección de la fauna silvestre, a la que adhirió nuestra Provincia mediante la ley 4602.

Adelantémonos a recordar que el art. 3° de la ley 22.421 dispone que a los fines de la ley se entiende por "fauna silvestre" a los animales "bravíos o salvajes que viven bajo control del hombre, en cautividad o semicautividad".

Pues, bien, el art. 1° de la ley declara “de interés público” la protección y conservación de la fauna silvestre.

Es oportuno señalar que el mismo art. 1° dispone que “todos los habitantes de la Nación tienen el deber de proteger la fauna silvestre”, norma que, como diré más adelante, robustece el reconocimiento de legitimación procesal en acciones e iniciativas orientadas a hacer efectiva esa protección.

Advierte Tawil que “adhiriéndose a una concepción amplia del concepto de medio ambiente ... la cláusula constitucional ha puesto a cargo de las autoridades la obligación de proveer tanto a la preservación del patrimonio natural como del cultural...” (Tawil, Guido S. “La cláusula ambiental en la Constitución Nacional”, en Estudios sobre la reforma constitucional, Cassagne, Juan Carlos (dir), Buenos Aires, Depalma, 1995, página 21, en página 50).

Dice Mariana Valls, refiriéndose al pasaje en el que el art. 41 CN impone a las autoridades el deber de proveer a la protección del patrimonio natural y cultural que “adhiriendo a una concepción amplia del ambiente, habilita al Estado a regular en materia de ... b) lugares históricos y culturales, zoológicos y jardines botánicos, entre otras” (Valls, Mariana, Derecho Ambiental, Ciudad Argentina, 1999, pág. 40)

La noción amplia de ambiente se confirma en la ley N° 25.675, conocida como Ley General del Ambiente (la publicación en el Boletín Oficial la tituló como “Ley de Política Ambiental Nacional”) que es una de las “normas de presupuestos mínimos de protección” que el Art. 41 CN consagró como nueva especie normativa (“corresponde a la Nación dictar las normas conteniendo los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas...”).



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXPTE. NRO. P-72.254/15

El art. 2 de la ley 25.675 fija entre los objetivos de la "política ambiental nacional" los siguientes: "... a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales...; b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria"

Dice el Art. 27 de la ley 25.675: El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva. Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos. "

El art. 31 de la ley 25.675 dispone que los actores de un daño ambiental colectivo son responsables "frente a la sociedad", mientras que el art. 32 de la misma ley, otorga amplias facultades al juez que interviene en el proceso por daño ambiental colectivo "a fin de proteger efectivamente el interés general".

Por tanto, el derecho a la preservación del patrimonio natural y cultural y el derecho a la calidad de vida forman parte del "derecho al ambiente" (Art. 41 CN), constituyen "derechos de incidencia colectiva" y están esencialmente conectados con el interés general de la sociedad.

Bustamante Alsina ha dicho que el art. 41 CN "incorpora a la Constitución Nacional los dos postulados universalmente reconocidos, como la calidad de vida... y el "desarrollo sustentable"

(Bustamante Alsina, Jorge, Derecho Ambiental. Fundamentación y Normativa. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 64).

El mismo autor recuerda que la noción de calidad de vida “expresa la voluntad de una búsqueda de calidad más allá de lo cuantitativo, que es el nivel de vida. Es decir que el medio ambiente concierne no solamente a la Naturaleza sino también al hombre en sus relaciones sociales...”

Por su parte, Lorenzetti señala: “Uno de los valores más importantes que se introducen en las legislaciones es el referido a la calidad de vida. El inciso b) del art. 2 de la ley 25.675 establece como objetivo “promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria”. (Lorenzetti, Ricardo L. “Teoría del Derecho Ambiental”, 1ª. Ed. Buenos Aires, La Ley, 2008, pág. 59).

En una pionera sentencia mendocina anterior a la reforma de la Constitución Nacional de 1994 se dijo que la tutela del medio ambiente “coincide con la protección del equilibrio psicofísico del hombre...” (Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minas N° 4, 02.10.86, “Morales Víctor H. y otro c. Provincia de Mendoza”, ED 123-537, en pág. 543).

En el caso, el juez declaró nulo el decreto provincial que había levantado la veda de pesca y caza deportivas en la reserva faunística de la laguna Llancañelo.

Dijo el juez que “el decreto impugnado... ordena el levantamiento de la veda... sin el previo e indispensable estudio acerca del impacto ambiental... Tal medida nos coloca... frente a la posibilidad cierta de la degradación del entorno y del empobrecimiento de los recursos naturales. Esto compromete consecuentemente en forma



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXPTE. NRO. P-72.254/15

directa la calidad de vida de los habitantes" (considerando 4º, ED 123-537, en pág.542).

Vigente ya la reforma de 1994 se resolvió que la calidad de vida es un postulado incluido en la tutela del art. 41 CN (cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala H, 01.10.99, "Subterráneos de Buenos Aires S.E. c/Propietario de la Estación de servicio Shell calle Lima entre Estados Unidos e Independencia" (J.A. 1999-IV, pág.308, en pág. 315).

El goce y disfrute de un parque fue considerado como un elemento integrante del valor "calidad de vida", amparado por el art. 41 CN (Supremo Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Sala 1 en lo Penal, 23.06.95, "Moro Carlos Emilio y otros c. Municipalidad de Paraná" E.D. 167-69).

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires protegió el "derecho al paisaje" de la comunidad de Cariló.

La acción que acogió alegaba que la Municipalidad hacía caso omiso de la ley que había declarado de interés provincial ese paisaje, pues continuaba aplicando ordenanzas que en la práctica autorizaban acciones tales como la extracción de arena de médanos, la modificación de niveles originarios de calles, la destrucción de árboles añosos, etc.

El tribunal ordenó a la Municipalidad que dictara una ordenanza que diera efectiva protección al paisaje de la localidad, reglamentando adecuadamente la ley provincial. (SCBA, 29.05.02, "Sociedad de Fomento de Cariló c. Municipalidad de Pinamar" La Ley Buenos Aires -2002- página 923).

La privación del goce estético proporcionado por un grupo escultórico tradicional erigido en la vía pública de la ciudad de Tandil, destruido por la embestida de un colectivo, fue resarcida a título de “daño moral colectivo” sufrido por los habitantes de esa ciudad (Cámara Civil y Comercial de Azul, Sala II, 22.10.96, “Municipalidad de Tandil c./Transportes Automotores La Estrella y otros s/daños y perjuicios”, Microiuris MJ-JU-E-12493-AR/EDJ 12493)

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dispuso que la lesión del patrimonio arquitectónico y cultural de los habitantes de la Ciudad de La Plata “afectaría el interés público, implicado en la tutela constitucional del ambiente” (SCBA, 24.05.11, causa I.71-446 “Fundación Biósfera y otros c./Municipalidad de La Plata s/ inconst. ord. N° 10.703” Microiuris MJ-JU-M-65229-AR | MJJ65229 | MJJ65229).

Es interesante anotar que ya en aquel hito jurisprudencial que significó la sentencia de “Kattan”, a la que arriba me referí, el juez agudamente señaló que el Estado demandado en el amparo, al argumentar asimilando la captura de las toninas con lo que sucede con “vacunos, ovinos, porcinos, etc.” y con la pesca comercial de otras especies, “ha confundido el concepto de recurso natural con el de recurso cultural” (fallo citado, considerando III).

Es decir que el juez percibió que en la tutela de la especie tonina overa no sólo estaba involucrada la protección de la fauna (el fallo contiene extensas consideraciones sobre la ley 22.421) sino que estaba en juego la dimensión “cultural”.

Ahora bien, ¿cuál es en nuestro caso el bien o valor colectivo, comprendido en el amplio objeto del derecho al ambiente y



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXPTE. NRO. P-72.254/15

cuál es el "interés general" que el juez está llamado a proteger de manera efectiva (Arg. Art. 32 ley 25.675)?

Entiendo que en el caso que me ocupa se trata del bien y valor colectivo encarnado en el bienestar de Cecilia, integrante de la "comunidad" de individuos de nuestro zoológico.

Ello porque Cecilia tanto pertenece al patrimonio natural (ley 22.421) como, en la medida de su relación con la comunidad de humanos, integra -en mi opinión- el patrimonio cultural de la comunidad.

Por una y otra razón su bienestar atañe al resguardo de un patrimonio colectivo.

Asimismo, integra la calidad de vida de la comunidad, hace a su equilibrio psicofísico (fallo "Morales, Víctor H. citado) que ese patrimonio sea protegido o, lo que es lo mismo, que Cecilia goce de bienestar.

Adelanto que decidiré conforme lo propuesto por el Gobierno de la Provincia, esto es, en el sentido de trasladar a Cecilia a un destino mejor, fuera de nuestro país.

No encuentro que esa decisión sea contradictoria con la protección del patrimonio natural y cultural y de la calidad de vida de nuestra comunidad.

Se ha probado que hoy nuestra comunidad no puede proveer a Cecilia el bienestar que tanto la parte iniciadora como el Gobierno de la Provincia se han manifestado interesados en proteger.

En esas particulares circunstancias, el traslado más allá de nuestra frontera aparece como el medio idóneo para que quien hoy

integra "nuestro" patrimonio pueda proseguir su vida en mejores condiciones.

El lazo espiritual que vincula a una comunidad con los elementos de su patrimonio no depende de la proximidad física sino de la intensidad con la que la relación sea vivida y fortalecida a lo largo del tiempo, con independencia de la condición dominial del elemento o de la jurisdicción a la que él quede sometido.

Así pues, Cecilia podrá seguir siendo integrante de "nuestro" patrimonio ambiental si nosotros, como colectividad, así nos lo proponemos.

En cuanto a nuestra calidad de vida, estoy convencida de que si la comunidad es debidamente informada y educada (art. 41 CN: "las autoridades proveerán a la... información y educación ambientales") acerca de las circunstancias que llevan a la solución que adoptaré, experimentará la satisfacción de saber que actuando colectivamente como sociedad hemos podido darle a Cecilia la vida que merece.

La situación actual de Cecilia nos conmueve.

Si atendemos a su bienestar no será Cecilia quien estará en deuda con nosotros sino nosotros quienes deberemos agradecerle la oportunidad de crecer como colectividad y de sentirnos un poco más humanos.

Ahora, dedicaré la atención al tema de la legitimación.

El iniciador del proceso invocó la representación de una asociación. El Sr. Fiscal de Estado la objetó.

La amplitud con la que cabe reconocer legitimación activa en este tipo de causas hace que no quepa desconocerla al iniciador, con independencia de su invocada condición representativa.



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXPTE. NRO. P-72.254/15

La legitimación debe serle reconocida en virtud de la aplicación directa o analógica, según el caso, de variadas normas de fondo y procesales, según se verá.

El actor es "afectado" en el sentido del art. 43 CN.

Está legitimado por el art. 1° de la ley 22.421 de protección de la fauna, a la que adhirió nuestra Provincia mediante la ley 4602 (conforme fallos "Kattan" y "Morales" citados).

Es "afectado" en el sentido del art. 30 de la ley 25.675 de Política Ambiental Nacional.

El mismo art. 30 habilita a "toda persona" a "solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo".

El art. 1712 del Código Civil y Comercial legitima a toda persona que "acredite un interés razonable" a "reclamar" mediante la acción consagrada en el art. 1711 en procura de impedir la "continuación" de un daño.

El Art. 10 del Código Procesal Penal de nuestra provincia otorga legitimación como "querellante particular" a "cualquier persona" en relación con delitos que lesionan "intereses difusos."

b.- Analizada la legitimación activa, pasaré ahora a señalar los fundamentos de la actuación a la que me siento convocada.

El Dr. Pablo Nicolás Buompadre, Presidente de la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales, con el patrocinio letrado del Dr. Santiago Rauek, peticionan por intermedio de una acción de habeas corpus el recupero de libertad de la Chimpancé de

nombre "Cecilia" en razón de que ésta habría sido arbitraria e ilegalmente privada de su libertad ambulatoria. En consecuencia, solicitan el inmediato traslado y reubicación de la chimpancé en el Santuario de Chimpancés de Sorocaba, Brasil.

Ahora bien, en el afán de formular una resolución jurisdiccional acorde a la pretensión que se pretende satisfacer, estimo que, previo a todo, deviene imperioso vislumbrar si la vía impetrada, esto es, la interposición de la acción de Habeas Corpus, art. 43 de la Constitución Nacional, arts. 17, 19, 21 y cc de la Constitución Provincial de Mendoza, art. 440 y ss del Código Procesal Penal de Mendoza y Ley Nacional 23.098, resulta acorde en orden al tratamiento y consecución de los fines esgrimidos.

La doctrina, citando al constitucionalista Bidart Campos, tiene dicho que la acción de habeas corpus es una garantía urgente y "suprema mediante la cual el particular afectado, o aun otra persona por él, acude a la autoridad judicial demandando la recuperación de la libertad; si la detención no ha emanado de una autoridad competente, o no se ha guardado la debida forma, o carece de causa legal". (FALCON, Enrique M.; "TRATADO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. TOMO II", Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2010, pág. 531). El habeas corpus es el mecanismo constitucional idóneo para proteger la libertad ambulatoria.

Esta garantía se encuentra prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional en cuanto prevé que "Nadie puede ser... arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente" y en el art. 43, después de la reforma del año 1994, en tanto expresa "Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXPTE. NRO. P-72.254/15

condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio". Asimismo, la Constitución de la Provincia de Mendoza establece en su artículo 21 que: "Toda persona detenida podrá pedir por sí, u otra en su nombre, que se la haga comparecer ante el juez más inmediato, y expedido que sea el auto por autoridad competente, no podrá ser detenida contra su voluntad, si pasadas las veinticuatro horas no se le hubiese notificado por juez igualmente competente, la causa de su detención. Todo juez, aunque lo sea de un tribunal colegiado, a quien se le hiciera esta petición, o se le reclamase la garantía del art. 19, deberá proceder con el término de veinticuatro horas, contadas desde su presentación, con cargo auténtico, bajo multa de mil pesos nacionales. Proveída la petición, el funcionario que retuviese al detenido o dejase de cumplir dentro del término señalado por el juez, el requerimiento de éste, incurrirá en la misma multa, sin perjuicio de hacerse efectivo el auto".

El artículo 440 del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza prevé que: *"Toda persona detenida o incomunicada en violación de los artículos 17, 19, 21 y correlativos de la Constitución de Mendoza, o que considere inminente su detención arbitraria podrá interponer hábeas corpus para obtener que cese la restricción o la amenaza.*

Igual derecho tendrá cualquier otra persona para demandar por el afectado, sin necesidad de mandato.

Cuando el hábeas corpus tuviere como fundamento el reagravamiento de las condiciones de prisión impuesta por el órgano judicial competente, se procederá de conformidad con la Ley Nacional N° 23.098...".

Néstor Pedro Sagués, al estudiar la temática de los derechos constitucionales protegidos por el Hábeas Corpus, expresa que existen dos posturas, a saber: *"TESIS RESTRICTIVA. Una caracterizada y tradicional doctrina argentina sostiene que la ley fundamental, al permitir la acción de hábeas corpus, solamente la programa para la protección de la libertad física o corporal, el ius movendi et ambulandi del derecho romano, o power of locomotion del derecho anglosajón... TESIS AMPLIA. Pero hay que señalar, no obstante, que ciertos sectores de la doctrina y la jurisprudencia (seguidos también en el derecho público provincial por varias normas), auspiciaron la proyección del hábeas corpus para garantizar todos los derechos constitucionales de libertad... LEY 23.098. Esta norma vino a modificar en parte el régimen patrocinado por la ley 16.986 de amparo, puesto que si bien en el inc. 1 de su art. 3° habilitó el hábeas corpus para subsanar toda limitación o amenaza actual de la libertad..., también lo programó para reparar la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad... REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1.994. El nuevo art. 43 de la Const. Nacional entiende que el derecho tutelado es la libertad física, aunque siguiendo también los moldes de la ley 23.098, atiende los casos de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de una detención..."* (SAGÜÉS, Néstor, DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. HÁBEAS CORPUS. Ley 23.098 Comentada y concordada con la Constitución Nacional y Normas Provinciales. 3°



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXPTE. NRO. P-72.254/15

Edición Actualizada y Ampliada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. Año 1.998. Páginas 135/138).

Completando el criterio adoptado, el doctrinario agrega: *“Las notas de sumariedad y urgencia que matizan el hábeas corpus no son legalmente incompatibles con la consideración y el análisis de todos los elementos de juicio necesarios para atender su objeto, y sentenciar. Tal doctrina emerge también de la Corte Suprema, al puntualizar que dentro del hábeas corpus deben ventilarse todos los hechos y todas las causas, cualesquiera sean, que le sirvan de fundamento... En definitiva, concluye la Corte, interpuesto un hábeas corpus se debe determinar la existencia o no de un acto u omisión que afecte, sin derecho, a la libertad personal; lo que implica realizar los trámites judiciales razonablemente aconsejables con aquella finalidad”* (Obra citada, página 344/345).-

Así las cosas, tenemos que para atender al objeto principal de la acción de Habeas Corpus, esto es, la libertad corporal y libertad ambulatoria, se elevan como características fundamentales del instituto en cuestión la sumariedad, que tiende a que en el procedimiento no se ventilen cuestiones de incidencia previa, y la urgencia, la que se traduce en el procedimiento previsto para la acción de habeas corpus.

Específicamente, el objeto del habeas corpus consiste en la protección de la libertad corporal ilegalmente restringida así como también la corrección en las formas o condiciones en que se cumplen las detenciones de una persona, ello conforme surge de la normativa señalada en los párrafos que anteceden. El habeas corpus está destinado a considerar la violación de un derecho o garantía sobre la

libertad física de una persona por el acto de una autoridad que ha excedido el marco de su competencia o ha ido más allá de la razonabilidad que sus actos deben tener.

La denuncia de hábeas corpus podrá ser interpuesta por la persona que afirme encontrarse ilegítimamente detenida o que se hayan agravado sus condiciones de detención o por cualquier persona a su favor, esto es, parientes, amigos o cualquier tercero

El Dr. Buompadre señala que la chimpancé Cecilia se encuentra detenida arbitraria e ilegalmente en el zoológico de Mendoza dado que no existió orden de autoridad competente que disponga esa detención.

Disiento de la afirmación del letrado presentante. Es una obligación de los operadores jurídicos ubicar los actos jurídicos y administrativos llevados a cabo por las autoridades del Estado Provincial en el momento histórico en que se sucedieron. Ello sin emitir un juicio de valor moral o reproche sobre aquellos actos.

El Zoológico de la Provincia de Mendoza fue creado el 18 de mayo de 1903 mediante la promulgación de la Ley nro. 30 del año 1897. Es decir, las autoridades de hace más de un siglo atrás previeron la incorporación de distintas especies de animales en los recintos y jaulas del zoológico provincial. Así las cosas, fueron reunidas especies de osos, tigres, monos, chimpancés, aves, elefantes, etc., en las instalaciones del zoo.

Sin embargo, no podemos soslayar que, como regla de experiencia innegable, las sociedades evolucionan tanto en sus conductas morales, pensamientos y valores como así también en sus legislaciones. Hace más de un siglo atrás muchos de los derechos individuales que hoy en día se encuentran expresamente reconocidos



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXPTE. NRO. P-72.254/15

por las constituciones de los distintos países y por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos eran ignorados y, en algunos casos incluso, inadvertidos por la sociedad o, peor aún, denostados como los derechos concernientes a la perspectiva de género.

En la actualidad podemos ver cómo se ha tomado conciencia de situaciones y realidades que, aunque suceden desde hace un tiempo inmemorable, antes no eran conocidas ni reconocidas por los actores sociales. Tal sería el caso de la violencia de género, del matrimonio igualitario, del derecho igualitario del sufragio, etc. Idéntica situación sucede con la conciencia sobre los derechos de los animales.

No puede catalogarse de ilegítimo el acto jurídico llevado a cabo por las autoridades de 1897 en la creación del zoológico provincial toda vez que ese acto así como la incorporación de la chimpancé Cecilia se realizó en el marco de la legislación vigente y con un criterio propio de la época respecto de la exhibición de animales de distintas especies.

Expuestos sucintamente los principios inspiradores de la acción de Habeas Corpus debemos resolver si la vía intentada por la parte actora resulta correcta.

Se trata de una cuestión, como casi siempre sucede, de una textura de elementos normativos que conjugados permiten arribar a una definición.

Vemos que el Art. 5º del Código Procesal Penal dispone:

“Art. 5. Solución del conflicto. Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas.”

En causas en las que está en juego el derecho colectivo a la preservación del patrimonio natural y cultural el juez actúa para "proteger efectivamente el interés general" (arg. art. 32 de la ley 25.675).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso "Mendoza" (contaminación del río Matanza-Riachuelo) dijo respecto de la consagración expresa del derecho al medio ambiente en el art. 41 CN que "el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente..." (CSN, 20.06.06, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo", Fallos: 331:1622).

En el mismo precedente la Corte dijo que "La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales" (considerando 18).

Dijo también que en la tutela del bien colectivo ambiental "tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro" y señaló la relevancia de esa concepción para la solución del caso, en el que se alegaba que se trataba de "actos continuados". (considerando 18 citado, primer párrafo).



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXPTE. NRO. P-72.254/15

En nuestro caso, la situación de hecho denunciada hace imperativo el dictado de una resolución judicial que proteja el valor colectivo en juego.

La actividad que deteriora o daña el núcleo de valores y bienes colectivos comprendido en la amplia noción de ambiente debe cesar cuanto antes.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires dijo que la prevención en el terreno ambiental tiene una importancia superior a la que tiene otorgada en otros ámbitos, ya que la agresión al medio ambiente se manifiesta en hechos que provocan por su mera consumación un deterioro cierto e irreversible, de tal modo que permitir su avance y prosecución importa una degradación perceptible de la calidad de vida de los seres humanos, por lo que su cesación se revela como una medida impostergable (SCBA, 19.05.98, "Almada, Hugo N. c. Copetro S.A.", JA 1999-I-pág.259, voto del Dr. Pettigiani, punto 6).

No es posible, por tanto, postergar o negar una decisión de fondo que resuelva el conflicto y contribuya a restaurar la armonía social entre sus protagonistas (art. 5 CPP citado).

c.- Para responder sobre la procedencia o no de la vía pretendida por la actora, previamente es necesario tratar el gran interrogante y el escollo insoslayable por el que ha de transitar la presente resolución: ¿Son los grandes simios -orangutanes, bonobos, gorilas y chimpancés- sujetos de derechos no humanos?

Al ingresar en el análisis del punto en cuestión resulta imprescindible referirse a la legislación civil actual. El art. 227 reza: "*Son*

cosas muebles las que puedan transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles.”. El precepto reseñado engloba, conforme lo señala la doctrina, tres categorías distintas: Las que pueden desplazarse por sí mismas pueden ser animales, que se denominan semovientes; o cosas inanimadas que tiene incorporados mecanismos de propulsión para ser accionados por el hombre o por máquinas, como los automóviles, que se denominan locomóviles. (RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela; “CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. COMENTADO. TOMO I”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, pág. 505)

La regla tradicional de consideración de los animales como cosa mueble, en tanto puedan desplazarse por sí mismas, se mantiene en el nuevo art. 227 del C.C.C. citado. Sin embargo, a poco de introducirse en el estudio de la clasificación de las cosas muebles, se observa que la doctrina nada dice sobre la discusión que aquí nos ocupa, dando por hecho que tanto el Estado como los particulares pueden tener bajo su dominio- propiedad a los animales dada su condición de cosas-semovientes.

El Código Civil y Comercial recientemente sancionado incorporó en el art. 240 los límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes y estableció *“El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1º y 2º debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios*



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXPTE. NRO. P-72.254/15

previstos en la ley especial.". Esta norma guarda estricta relación y coherencia con la Ley General de Ambiente N° 25675 del año 2002. El artículo relativiza el ejercicio de los derechos individuales en función de la protección de los derechos de incidencia colectiva, que son aquellos que garantizan a la humanidad una vida digna y sustentable a futuro.

De este modo, no escapa a quien suscribe que desde hace más de una década nuestra sociedad ha comenzado un proceso lento de concientización y aprendizaje sobre la incidencia que tiene el uso desmedido e ilegítimo de los bienes que componen el patrimonio de las personas privadas o públicas por lo que de antaño se viene imponiendo fuertemente la idea de protección y preservación del ambiente.

No obstante el avance, poco se ha preguntado el hombre qué sucede con los animales dentro del escenario natural en el que discurre la sociedad de los hombres. Menos aún, los operadores jurídicos se han cuestionado, ya acercándonos al tema que nos ocupa: ¿Son los animales sujetos de derechos?

Para Llambías no resulta necesaria la definición de lo que es la persona humana dado que si "hay algo que no requiere definición...es el propio ser humano". (RIVERA, Julio César, MEDINA, Graciela, Op. Citada, pág. 114). Sin embargo, disiento del prestigioso autor en tanto la categoría de persona debe necesariamente ser definida toda vez que en el ámbito del derecho se identifica el concepto de persona con el concepto de sujeto de derecho. Dada esta premisa, se sigue que ¿Solo el ser humano puede ser considerado como persona en tanto sujeto de derecho? ¿El hombre es el único que posee capacidad de derecho?

Siguiendo a los grandes pensadores de la filosofía como Aristóteles, se ha dicho que el ser humano se diferencia de los animales porque tiene la capacidad de relacionarse políticamente, es decir, crear sociedades y organizar la vida en ciudades. Es decir, hombres y animales seríamos todos de la misma especie, diferenciándonos los primeros por nuestra capacidad política.

Clasificar a los animales como cosas no resulta un criterio acertado. La naturaleza intrínseca de las cosas es ser un objeto inanimado por contraposición a un ser viviente. La legislación civil subclasifica a los animales como semovientes otorgándoles la "única" y "destacada" característica de que esa "cosa" (semoviente) se mueve por sí misma.

Ahora bien, es una regla de la sana crítica- racional que los animales son seres sintientes en tanto les comprenden las emociones básicas. Los expertos en la materia coinciden de forma unánime en la proximidad genética que tienen los chimpancés con los seres humanos y agregan que estos tienen capacidad de razonar, son inteligentes, tienen conciencia de sí mismos, diversidad de culturas, expresiones de juegos mentales, manifestaciones de duelo, uso y fabricación de herramientas para acceder a los alimentos o resolver problemas sencillos de la vida cotidiana, capacidad de abstracción, habilidad para manejar símbolos en la comunicación, conciencia para expresar emociones tales como la alegría, frustraciones, deseos o engaños, organización planificada para batallas intra-específica y emboscada de caza, poseen habilidades metacognitivas; poseen estatus moral, psíquico y físico; poseen cultura propia, poseen sentimientos de afecto (se acarician y se acicalan), son capaces de engañar, usan símbolos para el lenguaje humano y utilizan herramientas. (Ver fs. 200/209, 214/234, 235/240)



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXPTE. NRO. P-72.254/15

Resulta innegable que los grandes simios, entre los que se encuentra el chimpancé, son seres sintientes por ello son sujetos de derechos no humanos. Tal categorización en nada desnaturaliza el concepto esgrimido por la doctrina. El chimpancé no es una cosa, no es un objeto del cual se puede disponer como se dispone de un automóvil o un inmueble. Los grandes simios son sujetos de derecho con capacidad de derecho e incapaces de hecho, en tanto, se encuentra ampliamente corroborado según la prueba producida en el presente caso, que los chimpancés alcanzan la capacidad intelectual de un niño de 4 años.

Los grandes simios son sujetos de derechos y son titulares de aquellos que son inherentes a la calidad de ser sintiente. Esta afirmación pareciera estar en contraposición con el derecho positivo vigente. Pero solo es una apariencia que se exterioriza en algunos sectores doctrinarios que no advierten la clara incoherencia de nuestro ordenamiento jurídico que por un lado sostiene que los animales son cosas para luego protegerlos contra el maltrato animal, legislando para ello incluso en el campo penal. Legislar sobre el maltrato animal implica la fuerte presunción de que los animales "sienten" ese maltrato y de que ese sufrimiento debe ser evitado, y en caso de producido debe ser castigado por la ley penal.

La doctrina nos ilustra respecto a las dos líneas teóricas que justifican el reconocimiento de los derechos de los animales: "En primer término se presentan las tesis de corte utilitarista que encuentran su primera formulación en el pensamiento de Bentham, quien postula como sujeto moral a todo aquel capaz de sentir placer o dolor, y ante la afirmativa eleva a sujetos de derechos a todos aquellos que cumplan

esta condición, comprendidos entre ellos los individuos del reino animal. En la misma línea, Salt por su parte aboga a favor del reconocimiento de los derechos de las razas animales inferiores. Este desarrollo teórico culmina con la obra de Peter Singer quien define el sufrimiento como característica vital a partir de la cual debe atribuirse la condición de sujeto de derecho. Propone un criterio "antiespecista", solicitando un tratamiento igualitario entre todos los sujetos de derecho independientemente de su especie...La segunda vertiente teórica es la que podemos denominar ecología profunda y da fundamento al trabajo de Zaffaroni citado en el fallo de la C.F.C.P. Parte de la base de la hipótesis Gaia del Teólogo Leonardo Boff según el cual "La tierra es un organismo vivo, es la Pachamama de nuestros indígenas, la Gaía de los cosmólogos contemporáneos. En una perspectiva evolucionaria, nosotros, seres humanos, nacidos del humus, somos una única realidad compleja. Entre los seres vivos e inertes, entre la atmósfera, los océanos, las montañas, la superficie terrestre, la biósfera y la antropósfera, rigen interrelaciones. No hay adición de todas esas partes, sino organicidad entre ellas. Esta naturaleza o Pachamama como organismo vivo es para esta teoría titular de derecho y consecuentemente persona..."(MUÑIZ, Carlos M., "Los animales ante la Ley. De Objetos y Sujetos", Ed. La Ley, AR/DOC/594/2016)

El autor citado critica ambas posturas por los vacíos legales que ambas producen. No obstante, considero que los vacíos legales no resultan fundamento razonable y suficiente para no dar el puntapié inicial a la controversia de si los animales deben ser considerados cosas o sujetos de derechos. No es una declaración dogmática y sobreabundante declarar a los grandes simios como sujeto no humano titular de derechos dado que la ley de fondo civil y comercial los declara



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXpte. Nro. P-72.254/15

expresamente cosas. No basta con la protección contra el maltrato animal y preservación de ellos. La desidia humana en la omisión del estudio y profundización sobre la calidad (o no) de sujeto de derecho no humano de los grandes simios conforma un comportamiento contrario al concepto de dignidad humana, dado que el hombre debe atender a su preservación en la posteridad, la que depende primordialmente del ecosistema que la rodea. Y en él, claramente, están los grandes simios, con quienes compartimos entre el 94 y el 99% de ADN y quienes poseen características análogas al ser humano.

La dignidad humana es producto de una construcción y no algo impuesto y ello en base a la capacidad del hombre de ser racional. Tan así es que, por ejemplo, hasta no hace muchos años atrás la homosexualidad era considerada una desviación en el orden sexual, discusión que actualmente se encuentra ampliamente superada.

Cabe señalar que en el delito de maltrato animal regulado por la Ley nro. 14.346 el bien jurídico protegido es el derecho del animal a no ser objeto de la crueldad humana. La interpretación del fin perseguido por el legislador implica que el animal no es una cosa, no es un semoviente sino un ser vivo sintiente. La conclusión entonces, no es otra que los animales son sujetos de derecho, que poseen derechos fundamentales que no deben ser vulnerados, por cuanto detentan habilidades metacognitivas y emociones señaladas en los párrafos que anteceden.

La construcción moral y ética del hombre y su dignidad se encuentran en permanente evolución. El reconocimiento del hombre como individuo socializado, con aptitud de aprendizaje, lo ha llevado a

entender que la naturaleza debe ser protegida y los animales no deben ser maltratados, sin perjuicio de que esa evolución- aprendizaje venga determinada por la encrucijada ambiental en la que se ha visto envuelto en las últimas décadas.

Al respecto el Dr. Pedro David, en comentario al fallo dictado por la Cámara Federal de Casación Penal de la República Argentina, Sala II, expresó "Pues bien, nunca el hombre se ha encontrado hasta aquí con una encrucijada histórica, donde su forma de vida en las sociedades más avanzadas económica y tecnológicamente está destruyendo el planeta, y con ello pone en riesgo su propia vida y las aguas, el clima, y la supervivencia de las especies. Por ese motivo, hoy, a través de valores de solidaridad y cuidados con la creación, ellos son extendidos, de manera imperativa, legislativa y judicialmente, desde el plano internacional y en muchos países, a la mejor protección jurídica de aquellas especies como los orangutanes y bonobos, y delfines, y otras especies protegidas a las que hay que cuidar efectivamente desde las garantías de derechos propias de las personas. No en su totalidad de protección, sino en el modo y forma más efectivos de su propio cuidado y supervivencia. No se trata de eludir parches de protección circunstancial que den la apariencia de protección frente a la dilapidación del planeta que las legislaciones nacionales aún toleran, cuando no la fomentan..." (DAVID, Pedro, "NOTA SOBRE EL CASO DE SANDRA, SUJETO DE DERECHO NO HUMANO", Revista El Derecho Penal, El Derecho, ISSN 1667-1805)

Por ello, en la presente no se intenta igualar a los seres sintientes -animales- a los seres humanos como así tampoco se intenta elevar a la categoría de personas a todos los animales o flora y fauna existente, sino reconocer y afirmar que los primates son personas en



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXPTE. NRO. P-72.254/15

tanto sujetos de derechos no humanos y que ellos poseen un catálogo de derechos fundamentales que debe ser objeto de estudio y enumeración por los órganos estatales que correspondan, tarea que excede el ámbito jurisdiccional.

Los animales deben estar munidos de derechos fundamentales y una legislación acorde con esos derechos fundamentales que ampare la particular situación en la que se encuentran, de acuerdo con el grado evolutivo que la ciencia ha determinado que pueden alcanzar. No se trata aquí de otorgarles los derechos que poseen los seres humanos sino de aceptar y entender de una buena vez que estos entes son seres vivos sintientes, que son sujetos de derechos y que les asiste, entre otros, el derecho fundamental a nacer, a vivir, a crecer y morir en el medio que les es propio según su especie. No son los animales ni los grandes simios objeto de exposición como una obra de arte creada por el hombre.

No podemos soslayar que un gran sector doctrinario se alza en contra del reconocimiento de los animales como sujetos de derecho resultando que, para algunos, no se explica cómo sería posible que aquéllos ejerzan sus derechos, en tanto que, para otros, los genes humanos serían aquéllos que determinarían la calidad de sujeto de derecho (especismo excluyente).

Entiendo que el primero de los argumentos debe ser rechazado toda vez que la incapacidad de derecho no excluye en la actualidad a aquellos seres humanos que carecen de la capacidad del lenguaje. Tal es el caso del sordomudo, quien no posee la capacidad del lenguaje sonoro y, no obstante, se comunica mediante el lenguaje de

señas. Asimismo, podemos incluir dentro de los incapaces de derecho que son seres humanos a los oligofrénicos o dementes. No obstante que una conducta no le puede ser imputada a un ser humano no implica por ello desconocerle su condición de persona, tal es el caso de los recién nacidos.

Los derechos de los incapaces los ejercen sus representantes legales, que en el caso de los animales bien podrían ser representados por ONG, por alguno organismo del Estado o por cualquier persona invocando intereses colectivos y/o difusos.

En cuanto a la segunda postura, especismo excluyente, considero que los estudios científicos ponen en tela de juicio este argumento en tanto los genes humanos y los genes de los grandes simios son compartidos entre el 94 y el 96%, permitiendo de este modo cuestionarse fuertemente si nuestros genes resultan excluyentes y exclusivos.

El maestro civilista Guillermo Borda señala "...En otras palabras la persona no es un producto del derecho, no nace por obra y gracia del Estado; es el "hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere -sobre todo muere- el que come y bebe y juega y duerme y piensa y quiere". Aun en las "personas jurídicas" el destinatario último y verdadero de los derechos y obligaciones es siempre el hombre porque el derecho no se da sino entre hombres. Por eso es que el derecho, que no crea esas personas, tampoco podría desconocerlas ni menos aún crear arbitrariamente otras que no fueran el hombre o las entidades en que él desenvuelve sus actividades y sus derechos. No podría, por ejemplo, reconocer el carácter de personas a animales o cosas inanimadas" (BORDA, Guillermo A., "TRATADO DE DERECHO CIVIL. PARTE GENERAL", Tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 243)



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXPTE. NRO. P-72.254/15

Adhiero a la afirmación expuesta por el autor citado ut supra en tanto señala que la persona -en tanto ser humano- no nace por obra y gracia del derecho o porque el Estado así lo decida. El ser humano es persona, sujeto de derecho, dado que es de carne y hueso, nace, sufre y muere, bebe y juega y duerme y piensa y quiere.

La mayoría de los animales y, concretamente, los grandes simios son también de carne hueso, nacen, sufren, beben, juegan, duermen, tienen capacidad de abstracción, quieren, son gregarios, etc. Así, la categoría de sujeto como centro de imputación de normas (o "sujeto de derecho") no comprendería únicamente al ser humano sino también a los grandes simios -orangutanes, gorilas, bonobos y chimpancés.

Insisto, no se trata entonces de adjudicarles a los grandes simios los derechos enumerados en la ley civil y comercial. Tampoco es función de este órgano de control crear un catálogo de derechos de los grandes simios. Se trata de enmarcar a estos en la categoría de sujetos de derechos no humanos donde realmente pertenecen.

Edgardo I. Saux comentando el ya citado fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, citando a Picasso expone: "Y finalmente se pregunta -y lo compartimos: Personificar a los animales ¿No es precisamente poner al hombre en el centro del mundo y erigirlo en amo de la naturaleza? ¿No es una ilusión narcisista? ¿Por qué no pensar en cambio que respetarlos implica dejarlos en paz lo más que se pueda y evitar la crueldad innecesaria para con ellos, en vez de hacerlos involuntarios actores en el teatro del Derecho Humano? **Irrefutable**". (La negrilla me pertenece). (SAUX, Edgardo. I, "PERSONIFICACIÓN DE

LOS ANIMALES. DEBATE NECESARIO SOBRE EL ALCANCE DE CATEGORIAS JURÍDICAS”, Ed. La Ley, Tomo La Ley 2016-B, AÑO LXXX N° 64, Buenos Aires, 2016, pág. 1/5)

Este Tribunal se pregunta sí frente al argumento calificado como irrefutable por el doctrinario, ¿No es ya el animal acaso un actor involuntario en el teatro del derecho humano? El interrogante es respondido inmediatamente por cualquier actor social. Los zoológicos son escenarios donde los grandes simios son expuestos a las visitas de los seres humanos los que abonan una suma de dinero para el acceso a estas instituciones. Los grandes simios nacidos en libertad son capturados y vendidos por grandes sumas de dinero, es decir, son un objeto involuntario del derecho. En consecuencia, los animales son actores involuntarios en el teatro del derecho humano. Reconocer a los grandes simios como sujetos de derechos es el mejor acto de inclusión como actores involuntarios en el campo del derecho que puede el ser humano realizar, no como ente narcisista sino en razón de la dignidad de la persona humana, que se erige como un ser que sabe que siente y piensa, y como ser pensante que reacciona y acciona ante este gran fenómeno observable y por demás evidente de que los animales no son cosas.

Posteriormente Saux señala que “...Ese correlato biológico-jurídico, indestructible e indefectible, se relaciona con facetas de la condición humana que es ajena al mundo animal “no humano”; la libertad y la voluntad. El derecho rige conductas, y las conductas son propias de las personas. Los animales se mueven por instintos, necesidades o hábitos, pero sus supuestas conductas no son judiciales”.



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXPTE. NRO. P-72.254/15

Este argumento, reitero, pierde fuerza convictiva y lógica en tanto algunos seres humanos carecen de voluntad y no por ello se los deja de considerar humanos. Más aún, decir que la libertad no es inherente al mundo animal es errado en tanto "la privación de la libertad" a la que se somete el animal no viene dada por naturaleza, es el hombre quien racionalmente captura, caza y coloca en cautiverio a los animales, pero éstos nacen en libertad y es el hombre quien los priva de ella.

"Es que el hombre tiene una naturaleza que lo pone más allá de su naturaleza: es un ser limitado que tiende constantemente a superar sus propios límites; es un ser organizado en el tiempo y en el espacio que su conciencia intencionada capta y trasciende. Es un ser histórico. Es en la historia que el hombre se hace y rehace continuamente. Historia humana, de otra parte, entretejida con el mundo. Realización del hombre a través de la transformación del mundo. Por esto, los valores deberán ser siempre replanteados, la sociedad debe ser en cada momento reformada: búsqueda incesante tras la meta de la liberación, de la humanización, del ser más. La condición histórica del hombre hace que la educación esté llamada a insertarse en la tarea de conquistar la forma humana que se nos presenta siempre más allá de la actual facticidad. El "aprender a ser" de la educación será, por esto, un proceso constante de liberación del hombre que redundará también en re-creación y transformación del mundo" (DAVID, Pedro, obra citada)

Resulta imprescindible resaltar que la Declaración Universal de los Derechos Animales, elaborada en el año 1977 por la UNESCO, y aprobada por la Organización de las Naciones Unidas, les reconoce a los

animales derechos y, específicamente en su artículo nro. 4 prevé: "a) Todo animal perteneciente a una especie salvaje, tiene derecho a **vivir libre** en su propio ambiente natural, terrestre, aéreo o acuático y a reproducirse. b) Toda privación de libertad, incluso aquella que tenga fines educativos, es contraria a este derecho."

De este modo, en el ámbito internacional, se reconoce expresamente que los grandes simios entre otras especies tienen derecho a vivir en libertad.

El hecho que aquí nos ocupa es que en el Zoológico de la Provincia de Mendoza reside la chimpancé Cecilia de 20 años de edad en una jaula de pequeñas dimensiones, donde el sol da en pocas horas del día durante el invierno y acecha calor extremo durante el verano. Este Tribunal realizó una inspección sorpresiva al zoo de Mendoza y constató que Cecilia se encontraba en un rincón del recinto dado que allí -únicamente- daba el sol, que el bebedero ubicado en el recinto estaba vacío y Cecilia contaba con unos pocos elementos como pelotas, sogas, ruedas de automóvil, etc., para su entretenimiento. Sin embargo, se pudo observar la triste y penosa imagen de que en las paredes de la jaula, las que eran de cemento, existían dibujos de árboles y arbustos, intentando torpemente imitar el hábitat natural del simio. Y se dice torpemente no porque el personal del zoológico no haya cuidado del animal sino porque escapa a las posibilidades financieras y edilicias de esta sociedad, otorgarle a Cecilia un ambiente realmente adecuado.

Dicho esto, surge un nuevo interrogante ¿Es una jaula, aun con grandes dimensiones, el lugar adecuado? Y la respuesta negativa brota de forma inmediata. Lo adecuado y correcto es que los hombres, con el grado de razón que nos asiste, cesemos con el cautiverio de los animales para su exposición y entretenimiento de personas, dado que



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXpte. Nro. P-72.254/15

éstos son sujetos de derechos no humanos y como tales poseen el derecho inalienable a vivir en su hábitat, a nacer en libertad y conservarla.

Cecilia nació en cautiverio y por ello nos hemos arrogado el derecho de disponer de ella y mantenerla en ese cautiverio para su exposición. Sin embargo debo destacar que las autoridades de la Provincia de Mendoza han reconocido la realidad de que no por ser el hombre un ser inteligente y sentiente –en tanto sabe que siente– puede inferir sufrimiento a otros seres vivos que carecen de esa característica netamente humana (inteligencia sentiente).

Las actuales autoridades de la Provincia de Mendoza en su conjunto, en una comprometida colaboración con la problemática que nos aqueja, han atendido a la imperiosa necesidad de ponerle fin al cautiverio de Cecilia mediante su reubicación en el Santuario de Sorocaba y, por tanto, han tomado las acciones necesarias para establecer contactos con las autoridades de Brasil y han obtenido los certificados necesarios para proceder a su traslado a Sorocaba.

En definitiva, aclarado y expuesto el criterio de este Tribunal el que ha quedado plasmado en la totalidad de los argumentos vertidos en la presente resolución, en tanto los grandes simios son sujetos no humanos de derecho, entiendo que corresponde hacer lugar a la petición de Dr. Pablo Buompadre, presidente de A.F.A.D.A, con el patrocinio letrado del Dr. Santiago Rauek.

Finalmente, corresponde reiterar el interrogante que dio comienzo a la presente resolución: ¿Es la acción de habeas corpus la vía procedente? Considero que la respuesta ha de ser afirmativa.

Dado que ni la regulación procesal de la provincia ni ley nacional alguna contemplan específicamente una vía procesal para evaluar la situación de animales en estado de encierro en establecimientos zoológicos o de cualquier condición de encierro en contrario a las necesidades básicas y al hábitat natural del animal de que se trate, considero que la acción de habeas corpus es la vía procedente ajustándose la interpretación y la decisión que recaiga a la situación específica de un animal privado de sus derechos esenciales en tanto éstos están representados por las necesidades y condiciones esenciales de la existencia del animal en cuyo favor se acciona.

Así las cosas, la acción de habeas corpus, en el caso que nos ocupa, ha de ajustarse estrictamente a preservar el derecho de Cecilia a vivir en un medio ambiente y en las condiciones propias de su especie.

Por lo tanto;

RESUELVO:

I.- HACER LUGAR A LA ACCIÓN DE HABEAS CORPUS interpuesta por el Dr. Pablo Buompadre, Presidente de la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales -A.F.A.D.A., con el patrocinio letrado del Dr. Santiago Rauek.

II.- Declarar a la chimpancé Cecilia, actualmente alojada en el zoológico de la Provincia de Mendoza, sujeto de derecho no humano.

III.- Disponer el traslado del chimpancé Cecilia al Santuario de Sorocaba, ubicado en la República del Brasil el que



Tercer Juzgado de Garantías
PODER JUDICIAL
MENDOZA

EXPTE. NRO. P-72.254/15

deberá efectuarse antes del inicio del otoño, conforme lo acordado por las partes.

IV.- Destacar la colaboración de la Magister Mariana Caram, Directora del Zoológico, Adm. de Parques y Zoológico, el Arq. Ricardo Mariotti, Administrador General, el Lic. Humberto Mingorance, Secretario de Ambiente y Ordenamiento Territorial y el Lic. Eduardo Sosa Jefe de Gabinete de Secretaría de Ambiente, para la resolución del presente caso.

V.- Solicitar a los integrantes de la Honorable Legislatura de la Provincia de Mendoza proveer a las autoridades competentes de las herramientas legales necesarias para hacer cesar la grave situación de encierro en condiciones inapropiadas de animales del zoológico tales como el elefante africano, los elefantes asiáticos, leones, tigres, osos pardos, entre otros, y de todas aquellas especies exóticas que no pertenecen al ámbito geográfico y climático de la Provincia de Mendoza.

VI.- Recordar las siguientes reflexiones:
 “Podemos juzgar el corazón de una persona por la forma en que trata a los animales” (Immanuel Kant). “Hasta que no hayas amado a un animal una parte de tu alma permanecerá dormida” (Anatole France). “Cuando un hombre se apiade de todas las criaturas vivientes, sólo entonces será noble.” (Buda).

**“La grandeza de una nación y su progreso moral puede ser juzgada por la forma en que sus animales son tratados.”
(Gandhi)**

CUMPLASE. NOTIFIQUESE. REGISTRESE

Dra. S. Analía Yernet
Prosecretaría
Secretaría Interna

ANEXO C – Decisão do caso “circo Portugal”

34796/10

Handwritten notes and signatures on the left side of the document.

Circo Portugal
12/06/2010
13:50 45



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA
PLANTÃO JUDICIÁRIO
COMARCA DO SALVADOR - ESTADO DA BAHIA

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA

REQUERENTES - MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA TERRA VERDE VIVA E ASSOCIAÇÃO CÉLULA MÃE
REQUERIDO - PORTUGAL PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA - "CIRCO PORTUGAL"

Fala-se na organização de uma sociedade protetora dos animais.

Tenho pelos animais um respeito egípcio.

Penso que eles têm alma, ainda que rudimentar,

e que têm conscientemente revoltas contra a injustiça humana.

Já vi um burro suspirar depois de brutalmente espancado

por um carroceiro que atulhava a carroça com carga para uma quadriga,

e que queria que o mísero animal a arrancasse do atoleiro.

(José do Patrocínio)

Vistos, etc. .

Handwritten signature

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA
TERRA VERDE VIVA E ASSOCIAÇÃO CÉLULA MÃE, o primeiro através de seu
ilustre Representante do Meio Ambiente que subscreve a Inicial, e os demais
por seus ilustres advogados, legalmente constituídos, interpuseram Ação Civil

Handwritten mark

Pública contra o PORTUGAL PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA - "CIRCO PORTUGAL", em síntese asseverando, argumentando e denunciando práticas de crueldade contra os animais aprisionados no estabelecimento do demandado, esclarecendo que mantidos são animais não humanos, como elefantes, leões, cavalos, camelos e patos quais detém e são dotados de sentimentos e instintos e que essas espécies são treinadas nos circos através de métodos que expõem a dignidade destes, muitas vezes são açoitados, castigados, sofrem dor, medo, insatisfação e incômodos.

Os demandantes alegam ainda que a domesticação dos animais silvestres é ato anti-natural, e portanto, em si mesmo, é ato de crueldade. Teceram, ademais, considerações sobre a o termo animais domésticos, elaborando apurada explanação sobre o novo direito animal, aportando-se nos dispositivos constitucionais, no decreto 24.645/34, na lei de crimes ambientais, para requererem a concessão de liminar no sentido da suspensão imediata da exibição dos animais pelo circo demandado e a conseqüente busca e apreensão de todos os animais que se acham em poder do referido circo, devendo ser encaminhados ao Parque Zoológico Getúlio Vargas. Ao final, pedem a procedência da ação com julgamento sobre os pedidos de fls. 17 e seguintes.

Vieram-me os autos.

Passo a decidir.

A ação civil pública se reveste como meio hábil para se reclamar providências no tocante aos maus tratos, ou atos de toda a natureza que exponha a vida digna dos animais não humanos, como podemos sugerir para a exata compreensão do disposto no art. 1º, da Lei nº 7.347, de 24 de Julho de 1985, trata da competência da ação civil pública da maneira que se segue:

"Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - por infração da ordem econômica e da economia popular;

V - à ordem urbanística.

Antes de adentrarmos ao cerne da questão convém efetuarmos algumas mínimas e preliminares considerações que nos servirão de sustentação para a elucidação e compreensão do quanto nos é denunciado nessa lide.

Como podemos perceber há uma falsa compreensão dos animais não humanos como seres desprovidos de espiritualidade o que acarretou sobre os mesmo uma visão de inferioridade e submissão ao homem.

Sem dúvida, essa idéia remonta aos primórdios da nossa existência, pois desde antes da era cristã, Aristóteles já proclamava o homem como o único ser que possuía alma intelectual e no seu universo escalonado e imutável um sistema de hierarquias foi estruturado. Tal imagem persiste até hoje, mesmo com todo a evolução copernicana, darvinista e freudiana, mas vagarosamente o mundo antropocentrista vem cedendo lugar ao biocentrismo e certamente nos últimos tempos se tem provado a dignidade que carrega o ser animal não humano, digno de respeito fruto do mais primoroso bem, a vida, verdadeiro dom.

Comprendemos que vivemos em um novo tempo onde é preciso dar as razões para a nossa existência que se revela na reciprocidade, na solidariedade

não somente entre homens e mulheres, mas de todas as espécies, onde cada um tem o seu valor e se complementa.

Nesse aspecto já nos impressionava na juventude o poder destrutivo do ser humano como nos cantava Chico Buarque de Holanda: "o homem vem aí", causa para que todos os belos pássaros se afastassem dele e dessa espécie tão racional tivessem medo e tomassem cuidado.

É preciso de fato se dar conta que vida implica necessariamente em reconhecer cada uma das suas expressões, de suas manifestações, reinventando-se relações mais benéficas e sinérgicas onde a diversidade seja caminho de cooperação e inclusão.

A CF e o código Civil apresentam duas visões jurídicas sobre os animais, não nos restando dúvida de que o Estatuto Maior veio por elevar os animais condição de sujeitos de direitos fundamentais como a vida, a liberdade e a integridade física e psicológica.

Por força do dispositivo constitucional, independentemente de qualquer outra norma os animais são sujeitos de direitos e como tal prevalece como princípio magno o repúdio a qualquer ato que macule ou manche a dignidade de vida destes, por isso qualquer ofensa deve ser banida e a crueldade repelida.

O mal deve ser extirpado, como nos afirma o filósofo Tom Regan toda exploração animal é intrinsecamente imoral e viola um direito natural: o respeito. Ca

É com base nesse solo fértil que queremos investigar a causa de proteção aos animais contida nessa ação que prima por um pedido liminar em que nos são expressos os pressupostos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Esses pressupostos são demonstrados nos autos de forma veemente. O primeiro, porque submetidos a vontade do homem sobre uma aparente e falsa A

proteção. Alimentos, por exemplo, são oferecidos aos animais dos circos quando obedecidas as ordens de seus adestradores, do contrário sofrem restrições e as vezes atos de impiedade. O *periculum in mora*, reveste-se na continua escravidão animal, sujeitando-os ao desejo do seu senhor, muitas vezes, são os animais explorados e desfigurados da sua identidade única qual lhes foi reservada pela natureza.

Ofensivas são as práticas do demandado às disposições do art. 224, VII da CF, sendo inconcebível a manutenção em destes animais em cativeiro.

Em face do exposto, hei por bem deferir a liminar para determinar a suspensão imediata da exibição dos animais pelo demandado, ordenando a busca e apreensão de todos os animais que se encontrem no estabelecimento e instalações, devendo serem imediatamente encaminhados para o PARQUE ZOOBOTÂNICO GETÚLIO VARGAS, a quem competirá o cuidado destes até a reintrodução destes no habitat natural, sob pena de multa diária que arbitro em R\$ 50.000,00.

Ainda, determino que proceda o Demandado o transporte deste animais não humanos, até o Zoológico de Salvador, encaminhando-os com zelo e cuidado necessários em suas carretas e veículos próprios, sob suas expensas, sob pena de multa no valor já arbitrado, devendo ainda, disponibilizar o tratador dos animais para efetuar atos que importem no aprendizado e preparo dos técnicos do zoológico local para lidarem com os animais, resguardando esses em tudo na sua dignidade, respeito e cuidado inviolável a vida de cada um.

Por fim, Intimem-se as partes, citando-se o Réu, valendo essa decisão como MANDADO DE INTIMAÇÃO E CITAÇÃO, para contestar a ação no prazo de lei, cientificando que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos

como verdadeiros os fatos articulados na inicial, salvo se se tratar de direito indisponível.

Nos termos do artigo 154 c/c com o artigo 244 ambos do CPC que não exige forma determinada para os atos e termos processuais e que considera válido todo ato desde que alcançado o seu objetivo, determino que a cópia dessa decisão sirva como Mandado Judicial para intimação e citação do réu, devendo o Cartório emitir duas vias deste, uma para servir como mandado e outra como contra-fé, carimbando e assinando para garantir sua autenticidade e entregando ao Sr. Oficial de Justiça ou expedindo pelo sistema postal.

O impulso necessário ao cumprimento do presente despacho deverá ser dado pelos próprios servidores, na formodo art. 162 parágrafo 4º, do CPC. Ademais, defiro os benefícios da lei 1060/50.

Intimações necessárias, expedindo-se ofício ao Comando da Polícia Militar a quem solicitamos acompanhar a ação, fornecendo o reforço necessário de modo a favorecer ao cumprimento pacífico destas determinações.

Salvador, 12 de Junho de 2010


ANA CONCEIÇÃO BARBUDA SANCHES GUIMARÃES FERREIRA

Juíza de Direlto



ANEXO D – Sentença do caso “Rio Vilcabamba”

1

REPUBLICA DEL ECUADOR
www.funcionjudicial-loja.gob.ec

Juicio No: 11121-2011-0010 Casillero No: 826

Loja, miércoles 30 de marzo del 2011

A:
Dr./Ab.:

En el Juicio No. 11121-2011-0010 que sigue RICHARD FREDRICK WHEELER Y ELEANOR GEER HUDDLE en contra de DIRECTOR DE LA PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO EN LOJA, DR. PAULO CARRIÓN, DECLARADO PARTE POR EL ING. RUBÉN BUSTAMANTE, PREFECTO PROVINCIAL, ING. CARLOS ESPINOSA GONZÁLEZ, DIRECTOR REGIONAL DE LOJA EL ORO Y ZAMORA CHINCHIPE DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE, hay lo siguiente:

JUEZ PONENTE: DR. LUIS SEMPÉRTEGUI VALDIVIESO.
CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. - SALA PENAL. Loja, miércoles 30 de marzo del 2011, las 14h17. (Acción de Protección No. 010-2011)

VISTOS: Ante la señora Jueza Temporal del Juzgado Tercero de lo Civil de Loja, comparece el señor Richard Fredrick Wheeler y la señora Eleanor Geer Huddle, y en ejercicio del Principio de Jurisdicción Universal presentan acción de protección constitucional a favor de la Naturaleza, particularmente a favor del Río Vilcabamba, y en contra del Gobierno Provincial de Loja, representado por el señor Prefecto ingeniero Rubén Bustamante Monteros.- Manifiestan los accionantes: Que hace tres años atrás, aproximadamente, el Gobierno Provincial de Loja, sin estudio de impacto ambiental, depositó en el Río Vilcabamba, en el sector del Barrio Sastorum, piedras y material de excavación extraídos de la carretera que está construyendo entre Vilcabamba y Quimara, con grave daño para la Naturaleza. Que ese depósito en el Río Vilcabamba de piedras y demás material de excavación causó daños enormes cuando las lluvias de marzo y abril de 2009 aumentaron el caudal del Río Vilcabamba. Que en el pasado, con las mismas lluvias nunca habían producido daños considerables a los terrenos que colindan con el Río Vilcabamba. Que esa vez, en cambio, las aguas del Río llevaron abajo miles de toneladas de los desechos de la construcción de la carretera depositados en el Río. Que los desechos de piedras, arena, grava e incluso árboles desmembraron las orillas de manera directa, causando excavaciones muy grandes en sus terrenos, llevándose aproximadamente una hectárea y media de los terrenos con más valor de la propiedad que poseen en el Barrio Uchima. Que el día domingo cinco del mes y año en curso (refiriéndose a Diciembre del año 2010), nuevamente el Gobierno Provincial de Loja, empezó a depositar en el Río Vilcabamba, en el sector del Barrio Sastorum, grandes cantidades de piedras y material de excavación extraídos del ensanchamiento que en ese sector y sin estudio de impacto ambiental hace en la carretera Vilcabamba -Quimara, con grave daño para la Naturaleza, pues al Río Vilcabamba lo está convirtiendo en un botadero de tierra, piedras, arena y árboles. Que esas construcciones pueden causar desastres en el invierno de diciembre del 2010 a abril del 2011. Que no existe un estudio de impacto ambiental para la construcción de la referida carretera, menos para botar los escombros al Río.- Mediante sentencia de fecha 15 de diciembre del 2010, la señora Jueza Temporal del Juzgado Tercero de lo Civil de Loja, niega la acción de protección por falta de legitimación en la causa al no haberse demandado ni citado al Procurador Síndico del Gobierno Provincial, sentencia que es apelada por el doctor Carlos Eduardo Bravo González, a ruego de los accionantes.- Concedido el recurso y radicada la competencia en esta Sala, para resolver se considera: **PRIMERO:** Esta Sala de la Corte

Provincial es competente para conocer la impugnación en virtud de lo contemplado en el inciso final del numeral 3ro. del Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador.- SEGUNDO: Por lógica procesal toca analizar respecto de la legitimación en la causa, puesto que de aquello depende pronunciar una sentencia de mérito o inhibitoria. Ha dicho el doctor Paulo Carrión, Abogado del demandado, que la acción es improcedente porque de conformidad con el Art. 50, literal a) del COOTAD la representación judicial del Gobierno Provincial es conjunta con el Procurador Síndico, a quien no se le citó, esto ha sido aceptado por la u-quo como falta de legitimación en la causa. Ante esto, es de tener en cuenta: Ardua es la discusión sobre lo que debe entenderse por "legitimación en la causa". Existe una teoría de corte clásico, según la cual la legitimación nace de la titularidad real de la relación sustancial, y otra de corte moderno, según cual, existe legitimación con solo afirmar esa titularidad, aunque a fin del proceso se establezca que ella no existía. Esta Sala está convencida que producto de esas dos teorías hay un principio muy sencillo que facilita la solución del problema de la legitimación, principio formulado así: "Están legitimadas en la causa las personas que jurídica y directamente van a ser afectadas en sus derechos por la sentencia". En el caso que no ocupa, quien puede ser afectado en sus derechos por una sentencia, es el Gobierno Provincial de Loja, legalmente representado por el Prefecto, quien sí fue citado y ha comparecido a juicio, incluso representado por un abogado de la misma Procuraduría Síndica del Gobierno Provincial; una sentencia material o de fondo no afectaría ni obligaría al Procurador Síndico.- TERCERO: La Enciclopedia Jurídica Omeba dice: "Personería. Según COUTURE (Vocabulario Jurídico), calidad jurídica o atributo inherente a la condición de personero o representante de alguien. Es un americanismo que el Derecho procesal se emplea en el sentido de personalidad o de capacidad legal para comparecer a juicio, así como también el de representación legal y suficiente para litigar. Trátase, pues, no solo de la aptitud para ser sujeto de derecho, sino también para defenderse en juicio." Como se nota, la personería o legitimatio ad processum es un presupuesto procesal referido única y exclusivamente a la capacidad para comparecer al proceso, y tienen capacidad para comparecer a este proceso judicial el Prefecto y el Procurador Síndico, quienes en conjunto tienen la representación judicial del Gobierno Provincial. En fin, la falta de citación al Procurador Síndico del Gobierno Provincial, daría lugar a un problema de falta de personería. No obstante, no hay en este caso ilegitimidad de personería porque a fojas 71 de autos comparece el doctor Antonio Mora Serrado, en su calidad de Procurador Síndico de la entidad demanda, y Procurador Judicial del Ing. Rubén Bustamante Monteros, Prefecto Provincial de Loja, y declara legitimada la intervención del Dr. Paulo Carrión Jumbo, abogado quien asistió a la Audiencia Pública. Y la solución al aparente problema provocado por la falta de citación al Procurador Síndico resulta más sencilla si se tiene en cuenta que se cita a dicho Procurador para que asuma la defensa técnica del Gobierno Provincial, y en el caso sub-lite el Gobierno Provincial ha sido defendido, a tal punto que -como se dijo- el mismo Procurador Síndico legitima la intervención del abogado que intervino en la audiencia. Aparte de todo esto, no se puede aceptar ya que una entidad estatal, con funcionarios y empleados con roles claramente definidos, se abroquele en una falta de citación a un funcionario que se sabe es el abogado que tiene la obligación legal de asumir la defensa de la institución. El Prefecto debe saber que la representación judicial la tiene él y el Procurador Síndico, y sabrá que así tiene que comparecer a juicio.- CUARTO: El proceso es válido por haber sido tramitado conforme a las normas propias de la acción, y se puede y debe hacer un pronunciamiento de fondo.- QUINTO: Dada la indiscutible, elemental e irremisible importancia que tiene la Naturaleza, y teniendo en cuenta como hecho notorio o evidente su proceso de degradación, la acción de protección resulta la única vía idónea y eficaz para poner fin y remediar de manera inmediata un daño ambiental focalizado.

Razona esta Sala que hasta tanto se demuestre objetivamente que no existe la probabilidad o el peligro cierto de que las tareas que se realicen en una determinada zona produzcan contaminación o conlleven daño ambiental, es deber de los Jueces constitucionales propender de inmediato al resguardo y hacer efectiva la tutela judicial de los derechos de la Naturaleza, efectuando lo que fuera necesario para evitar que sea contaminada, o remediar. Nótese que consideramos incluso que en relación al medio ambiente no se trabaja sólo con la certeza de daño "sino que se apunta a la probabilidad". - SEXTO: La correcta individualización e integración de la Autoridad responsable de la vulneración de los derechos constitucionales es una exigencia necesaria para asegurar la legitimación en la causa dentro del trámite de la acción de protección. También es una exigencia, en esta clase de acciones, asegurar que se pueda dictar una sentencia sin vicios de nulidad, que es lo que provoca la falta de personería. Ahora bien, el carácter preferente, breve y sumario de una acción de protección, descarta que el incumplimiento de identificar y citar al verdadero responsable de la violación constitucional sea atribuible únicamente a los accionantes. La circunstancia particular de que para proponer una acción de protección no se requiere el patrocinio de un abogado o abogado, le impone al Juez Constitucional, en su condición de concededor del derecho (Art. 4.13 LOGJCC) y de promotor e impulsor de la actuación (Art. 4.5 LOGJCC), la obligación subsidiaria de corregir el error en que hayan podido incurrir los demandantes. Solo de esta manera puede considerarse cumplido el postulado constitucional que inspiró la inclusión en el ordenamiento jurídico ecuatoriano de la acción de protección, cual es la protección efectiva y eficaz de los derechos fundamentales. Es decir, la a-quo debió, de oficio, disponer que se cite al Procurador Síndico del Gobierno Provincial de Loja, no simplemente limitarse a dictar una fácil sentencia inhibitoria, esto no es aceptable en materia constitucional. - SEPTIMO: Nuestra Constitución de la República, sin precedente en la historia de la humanidad, reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos. El Art. 71 manifiesta que la "Naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se le respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. - OCTAVO: La importancia de la Naturaleza es tan evidente e indiscutible que cualquier argumento respecto a ello resulta sucinto y redundante, no obstante, jamás es de olvidar que los daños causados a ella son "daños generacionales", que consiste en "aquellos que por su magnitud repercuten no sólo en la generación actual sino que sus efectos van a impactar en las generaciones futuras". También es oportuno citar lo que el economista Alberto Acosta, Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, dijo: "Urge entender que el ser humano no puede sobrevivir al margen de la naturaleza que por cierto contiene cadenas alimentarias indispensables para la vida de la humanidad. El ser humano forma parte de ella, no la tienen ahí como si fuese una coreografía en la que el ser humano resulte el espectador... Cualquier sistema legal apegado al sentido común, sensible a los desastres ambientales que hoy en día conocemos, y aplicando el conocimiento científico moderno -o, los conocimientos antiguos de las culturas originarias- sobre como funciona el universo, tendría que prohibir a los humanos llevar a la extinción a otras especies o destruir a propósito, el funcionamiento de los ecosistemas naturales. Como declara la famosa ética sobre la tierra de Aldo Leopold, "una cosa es correcta cuando tiende a preservar la integridad, estabilidad y belleza de la comunidad biótica. Es incorrecta cuando hace lo contrario". En esta línea de reflexión algunas premisas fundamentales para avanzar hacia lo que se denomina como "la democracia de la Tierra" son: a) Los derechos humanos individuales y colectivos deben estar en armonía con los derechos de otras comunidades naturales de la Tierra. b) Los ecosistemas tienen derecho a existir y seguir sus propios procesos vitales. c) La diversidad de la vida expresada en la Naturaleza es un valor en sí mismo. d) Los

ecosistemas tienen valores propios que son independientes de la utilidad para el ser humano. e) El establecimiento de un sistema legal en el cual los ecosistemas y las comunidades naturales tengan un derecho inalienable de existir y prosperar estaría a la Naturaleza en el nivel más alto de valores y de importancia. Sin duda esto tendrá como efecto directo prevenir los daños, repensar muchas actividades humanas cuyo costo ambiental es demasiado grande y aumentar la conciencia y respeto a los otros. Vendrá el día en que el derecho de la Naturaleza sea, por conciencia de todos y todas, cumplido, respetado y exigido. Y ojalá no sea tarde. Todavía estamos a tiempo para que nuestras leyes reconozcan el derecho de un río a fluir, prohíban los actos que desestabilicen el clima de la Tierra, e impongan el respeto al valor intrínseco de todo ser viviente. Es la hora de frenar la desbocada mercantilización de la Naturaleza, como fue otrora prohibir la compra y venta de los seres humanos. (Publicado en la página de la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador el 29 de febrero de 2008. Reproducido en el semanario *Peripetias* N° 87 el 5 de marzo de 2008.) - **NOVENO:** El hecho de que el Gobierno Provincial de Loja esté construyendo una carretera entre Vilcabamba y Quinara no ha sido objeto de discusión. Tampoco lo ha sido el hecho de que ha derribado o está derribando árboles, ha botado o está botando al Río Vilcabamba material resultante de la apertura de la carretera. La misma entidad demandada da cuenta de eso con la documentación que ella misma presenta, así: fs. 21, 24, 26 a 40. - **DÉCIMO:** Los accionantes no debían probar los perjuicios sino que el Gobierno Provincial de Loja tenía que aportar pruebas ciertas de que la actividad de abrir una carretera no afecta ni afectará el medio ambiente. Sería inadmisibles el rechazo de una acción de protección a favor de la Naturaleza por no haberse arrojado prueba, pues en caso de probables, posibles o bien que puedan presumirse ya provocado un daño ambiental por contaminación, deberá acreditar su inexistencia no sólo quien esté en mejores condiciones de hacerlo sino quien precisamente sostiene tan irónicamente que tal daño no existe. La inversión de la carga de la prueba, en materia de justicia ambiental es admitida por algunos sistemas jurídicos de países como Brasil, Chile, Costa Rica, Colombia, Alemania y otros de la Comunidad Europea, de manera que lo que se ha pretendido con la Constitución Ecuatoriana de Montecristi es actualizar nuestro sistema procesal ambiental de acuerdo con las propensiones modernas de esta rama del Derecho. El artículo 397 de la Constitución señala que "La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado" (el resultado es de la Sala), lo que implica que correspondía al Gobierno Provincial de Loja demostrar que la apertura de esa carretera no está provocando daño ambiental. Mas, de los documentos que la misma entidad demandada presentó (fs. 24 y vta.) se conoce que el Subsecretario de Calidad Ambiental, del Ministerio del Ambiente, en comunicación del 16 de mayo del 2010, concluye y le recomienda: 1) En la inspección se pudo determinar los trabajos que viene realizando el Gobierno Provincial de Loja, en la apertura de la vía entre Vilcabamba y Quinara, lo que ha generado daños ambientales en la parte baja del Río Vilcabamba, principalmente por el bote lateral y depósito de material resultante, provocando que se produzcan crecidas e inundaciones debido al depósito de rocas en las riberas del río. 2) Se constató que los terrenos de la denunciante señora Eleonor Geer Huddle y de otros colonos más, aguas arriba y abajo del Río Vilcabamba, han sido afectados aproximadamente en 5000 m. a consecuencia de las inundaciones. 3) Los trabajos de apertura de la vía, que contemplaban la extracción y explotación de material estéril no vislumbró una adecuada ubicación de los estériles al no contar con escombros. 4) El Gobierno Provincial de Loja, deberá presentar en un término de 30 días, un Plan de Remediación y Rehabilitación de áreas afectadas en el Río Vilcabamba y a las propiedades de los colonos afectados, por consecuencia del bote lateral y la acumulación de escombros del material resultante, producto de la construcción de la vía Vilcabamba-Quinara. 5) El

Gobierno Provincial de Loja, deberá presentar de manera inmediata al Ministerio del Ambiente, los permisos ambientales otorgados por la autoridad ambiental de manera previa, para la construcción de la carretera Vilcabamba-Quimara. 6) El Gobierno Provincial de Loja deberá implementar las siguientes acciones correctivas de manera inmediata: a) En el área de ubicación de los tanques de combustible y maquinaria, en la vía Vilcabamba-Quimara, implementar cubetos de seguridad en dichos tanques para evitar derrames de combustible al suelo. b) Realizar una limpieza del suelo contaminado por el combustible derramado evitando la propagación de la contaminación ambiental. c) Implementar un sistema de rotulación y señalización adecuada (en todo el tramo de la vía, campamentos y áreas de mantenimiento y maquinaria). d) Ubicar sitios de escombreras para el depósito y acumulación del material resultante por efectos de la construcción de la vía y evitar botes laterales.- **DÉCIMO PRIMERO:** Resulta aberrante que el Gobierno Provincial de Loja, siendo la Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable en la Provincia (según la potestad que la obtuvo mediante Resolución Ministerial No. 020, publicada en el Registro Oficial 391 del 06 de abril del 2004, donde se acreditaba al Gobierno Provincial de Loja ante el Sistema Único de Manejo Ambiental, para utilizar el sello SUMA durante un periodo de tres años; este permiso y acreditación por parte del Ministerio del Ambiente, fue renovado mediante Resolución Ministerial 178, publicado en el Registro Oficial No. 152 el 02 de agosto del 2007, por tres años más. Mediante Resolución Ministerial No. 453, de fecha 11 de noviembre de 2010, el Ministerio del Ambiente aprobó conferir nuevamente al Gobierno Provincial de Loja, la acreditación y el derecho a utilizar el sello del SUMA por tres años más), incumpla con su obligación legal de proteger el medio ambiente, al extremo de estar ensanchando la carretera Vilcabamba - Quimara sin iniciar el proceso de licenciamiento ambiental ante el Ministerio del Ambiente, ni contar con el estudio de impacto ambiental ni su correspondiente licencia o permiso ambiental.- **DÉCIMO SEGUNDO:** En cuanto al alegato del Gobierno Provincial, de que la población del Quimara, Vilcabamba, Malacatos, etc., necesita carreteras, es de indicar que: En caso de conflicto entre dos intereses protegido constitucionalmente, la solución debe ser encontrada de acuerdo con los elementos jurídicos que proporcione el caso concreto y a la luz de los principios y valores constitucionales. Esta labor de interpretación es función primordial del Juez constitucional. Pero en este caso no hay que ponderar porque no hay colisión de derechos constitucionales, ni sacrificio de uno de ellos, pues no se trata de que no se ensanche la carretera Vilcabamba-Quimara, sino de que se la haga respetando los derechos constitucionales de la Naturaleza. En todo caso, el interés de esas poblaciones en una carretera resulta minorado comparándolo con el interés a un medio ambiente sano que abarca un mayor número de personas, e incluso se puede afirmar que dentro de ese número de personas se incluye a los pobladores de esas parroquias. Aún tratándose de un conflicto entre dos intereses colectivos, es el medio ambiente el de mayor importancia. No se necesita mayor argumento para concluir que la necesidad de carreteras no faculta al Gobierno Provincial de Loja para que sin obtener el licenciamiento ambiental las apertura o las ensanche como en este caso.- Por estas consideraciones, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, esta Sala **RESUELVE:** 1).- Aceptar el recurso planteado y revocar la sentencia impugnada declarando que la entidad demandada está violando el derecho que la Naturaleza tiene de que se le respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; 2).- Ordenar que el Gobierno Provincial de Loja, en el término de cinco días, inicie el cumplimiento de todas y cada una de las recomendaciones que el Subsecretario de Calidad Ambiental le ha hecho mediante oficio No. MAE-SCA-2010-1727, dirigido al señor Prefecto Ing. Rubén Bustamante Monteros, y que constan en el

considerando décimo de esta sentencia, caso contrario este Tribunal con la facultad que le otorga el cumplimiento de las sentencias se verá en la obligación de suspender la obra, 3) De conformidad al Art. 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, delegar el seguimiento del cumplimiento de esta sentencia al Director Regional de Loja, el Oro y Zamora Chinchipe del Ministerio del Ambiente, y a la Defensoría del Pueblo de Loja, quienes informarán periódicamente a esta Sala sobre tal cumplimiento y podrán deducir las acciones que sean necesarias para cumplir esta delegación, 4) Ordenar que la entidad demandada pida disculpas públicas por iniciar la construcción de una carretera sin contar con el financiamiento ambiental. Deberá hacerlo mediante publicación en un diario de la localidad, en un cuarto de página.- Se le llama severamente la atención a la señora Jueza Temporal del Juzgado Tercero de lo Civil de Loja, por no ajustarse a derecho.- Envíese una copia de esta sentencia a la Defensoría del Pueblo de Loja.- Ejecutoriada esta sentencia, remítase la misma a la Corte Constitucional en cumplimiento del numeral 5 del Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador.- f).-DR. LUIS SEMPÉRTEGUI VALDIVIESO, JUEZ PROVINCIAL, f).- DR. GALO ARROBO RODAS, JUEZ PROVINCIAL INTERINO, f).- DR. GALO CELI ASTUDILLO, CONJUEZ.

Lo que comunico a usted para los fines de ley
Loja, miércoles 30 de marzo del 2011

El Secretario(a)
DRA. DIRA E. GUZMÁN ORDÓÑEZ
SECRETARIA (E) DE LA SALA PENAL DE LOJA



ANEXO E – O río Atrato como sujeto de derecho biocultural

Expediente T-5.016.242

2

Cundinamarca -Sección Cuarta, Subsección B-, en la acción de tutela instaurada por el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna” en representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca), el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia), la Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato (Asocoba), el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó (FISCH) y otros, contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y otros.

I. ANTECEDENTES.

I. Contexto.

El departamento del Chocó, lugar donde se desarrollan los hechos de la presente acción de tutela, tiene una extensión de 46.530 km² lo que equivale al 4.07% del total de extensión de Colombia. En su organización territorial está conformado por 30 municipios distribuidos en 5 regiones: Atrato, San Juan, Pacífico Norte, Baudó (Pacífico Sur) y Darién². Es un territorio donde confluyen múltiples grupos raciales, cuenta con una población cercana a los 500.000 habitantes de los cuales el 87% de la población es afrodescendiente, 10% indígena y 3% mestiza. En su composición, el 96% de la superficie continental está constituida por territorios colectivos de 600 comunidades negras agrupados en 70 consejos comunitarios mayores con 2.915.339 hectáreas tituladas y 120 resguardos indígenas de las etnias Embera-Dóbida, Embera-Katío, Embera-Chamí, Wounan y Tule, que corresponden a 24 de los 30 municipios del Chocó; el 4% restante está habitado por población campesina mestiza.

El Chocó se asienta en una de las regiones más biodiversas del planeta conocida como el *Chocó biogeográfico*³, es uno de los territorios más ricos en diversidad natural, étnica y cultural de Colombia y alberga cuatro regiones de ecosistemas húmedos y tropicales, en donde el 90% del territorio es zona especial de conservación⁴ y cuenta con varios parques nacionales como “Los Katíos”, “Ensenada de Utría” y “Tatamá”. Asimismo, posee un gran valle ubicado de sur a norte, a través del cual corren los ríos Atrato, San Juan y Baudó. La cuenca del río Atrato con 40.000 km² representa poco más del 60%

² Censo General 2005: “Proyecciones Nacionales y departamentales de población 2005-2020”. Departamento Nacional de Estadística, DANE, 2010.

³ El *Chocó biogeográfico* es una región biogeográfica neotropical (húmeda) localizada desde la región del Darién al este de Panamá, a lo largo de la costa pacífica de Colombia y Ecuador, hasta la esquina noroccidental de Perú. El Chocó biogeográfico incluye además la región de Urabá, un tramo de litoral caribeño en el noroeste de Colombia y noreste de Panamá, y el valle medio del río Magdalena y sus afluentes Cauca-Nechí y San Jorge. El Chocó biogeográfico cubre 187.400 km². El terreno es un mosaico de planicies fluvio-marinas, llanuras aluviales, valles estrechos y empinados y escarpes montañosos, hasta una altitud de aproximadamente 4.000 msnm en Colombia y más de 5.000 msnm en Ecuador. Las planicies aluviales son jóvenes, desarrolladas y muy dinámicas: San Juan, Atrato, San Jorge, Cauca-Nechí y Magdalena. La alta pluviosidad, la condición tropical y su aislamiento (separación de la cuenca amazónica por la Cordillera de los Andes) han contribuido para hacer de la región del Chocó biogeográfico una de las más diversas del planeta: 9.000 especies de plantas vasculares, 200 de mamíferos, 600 de aves, 100 de reptiles 120 de anfibios. Hay un alto nivel de endemismo: aproximadamente el 25% de las especies de plantas y animales.

⁴ Gran parte del departamento del Chocó ha sido declarado reserva forestal de carácter nacional por la Ley 2 de 1959.

del área del departamento y es considerada una de las de mayor rendimiento hídrico del mundo. El río San Juan (15.000 km²) por su parte, corre en dirección norte-sur y desemboca en el Océano Pacífico: es uno de los ríos más ricos del mundo en recursos maderables y minerales. Por su parte, el río Baudó (5.400 km²) corre paralelo al San Juan, entre este y el Litoral Pacífico.

El río Atrato es el más caudaloso de Colombia y también el tercero más navegable del país, después del río Magdalena y del río Cauca. El Atrato nace al occidente de la cordillera de los Andes, específicamente en el Cerro Plateado a 3.900 metros sobre el nivel del mar y desemboca en el golfo de Urabá, en el mar Caribe. Su extensión es de 750 kilómetros, de los cuales 500 son navegables. La parte más ancha del río tiene una longitud de 500 metros y en cuanto a la parte más profunda se estima cercana a los 40 metros. Recibe más de 15 ríos y 300 quebradas; entre los principales se cuentan: el Andágueda, Baté, Bojayá, Buchadó, Cabí, Cacarica, Capá, Domingodó, Napipí, Neguá, Muguindó, Murrí, Opogodó, Puné, Quito, Salaquí, Sucio, Tagachí y Truandó.

La cuenca del río Atrato se encuentra delimitada al este por la cordillera occidental y al oeste por las serranías del Baudó y del Darién, al sur se encuentra la divisoria de aguas con el río San Juan definida por el istmo de Isthmina. Es rica en oro, maderas y se considera una de las regiones con mayor fertilidad para la agricultura. La cuenca hidrográfica del río Atrato la integran comunidades étnicas que habitan en los municipios de Acandí, Bajo Atrato, Riosucio, Bojayá, Lloró, Medio Atrato, Quibdó, Río Quito, Unguía, Carmen del Darién (Curvaradó, Domingodó y Bocas), Bagadó, Carmen de Atrato, en Chocó; y Murindó, Vigía del Fuerte y Turbo, en Antioquia.

Las riberas del Atrato son el hogar de múltiples comunidades afrocolombianas e indígenas, entre ellas las demandantes, que las han habitado ancestralmente, en donde también existen comunidades mestizas descendientes de migrantes de diversas regiones del país. Entre las formas tradicionales de vida y sostenimiento propias de estas comunidades se destacan la minería artesanal, la agricultura, la caza y la pesca, con las que aseguraron por siglos un abastecimiento total de sus necesidades alimentarias.

Algunas de estas actividades -que permanecieron intactas hasta la década de los ochenta- eran principalmente: (i) la agricultura, realizada por medio del sembrado y labrado programado de plantaciones de diversos alimentos como maíz, arroz, chontaduro, cacao, cocotero, pacó, caimitos, guamas, caña de azúcar y plátano; y, (ii) la pesca, por medio de flechas, atarrayas y rústicas herramientas; (iii) la minería artesanal aplicando diversos métodos ancestrales de extracción de oro y platino.

Las comunidades han hecho de la cuenca del río Atrato no solo su territorio, sino el espacio para reproducir la vida y recrear la cultura; se encuentran asentadas -a lo largo del alto y medio Atrato- y están organizadas a través de los siguientes Consejos Comunitarios: (i) el Consejo Comunitario Mayor de la

Organización Popular Campesina del Alto Atrato -Cocomopoca- que está integrado por 3.200 familias afrodescendientes congregadas en 43 comunidades con 73.000 hectáreas tituladas como territorios colectivos⁵; (ii) el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato -Cocomacia- compuesto por 120 comunidades afrodescendientes con 695.245 hectáreas tituladas como territorios colectivos⁶, así como la Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato -Asocoba- y el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó -FISCH- (compuestos por 47 organizaciones), quienes han habitado en sus territorios ancestralmente y en los que han establecido sus formas tradicionales de vida a través de la agricultura, la caza, la pesca y la minería artesanal, actividades con las que garantizan su abastecimiento total de alimentos, que ahora -a juicio de los accionantes- se encuentra en peligro por el desarrollo intensivo de actividades mineras y de explotación forestal ilegales, en una región que ha sufrido los rigores de la guerra y del desplazamiento forzado en el marco de la intensificación del conflicto armado interno.

Adicionalmente, la exclusión social en Chocó tiene profundas raíces históricas debido a que tras la independencia no se construyeron instituciones político-administrativas incluyentes sino puramente extractivas, con muy pocos controles, lo que ha favorecido la corrupción desde tiempos coloniales.

En la actualidad, el departamento del Chocó presenta índices de población según los cuales, el 48.7% vive en condición de pobreza extrema. De acuerdo al índice de Necesidades Básicas Insatisfechas -NBI- que mide si las necesidades básicas de la población se hallan cubiertas de acuerdo a unos criterios mínimos en las diferentes regiones del país, se encuentra que para esta región es del 82.8%, el más alto del país, dentro del cual cerca del 79% de sus habitantes presenta al menos una NBI, por lo que tienen el indicador más bajo en calidad de vida del país con el 58% frente al promedio nacional que es del 79%⁷.

2. Hechos motivo de la solicitud de amparo.

2.1. En este contexto, manifiesta la representante de las comunidades étnicas demandantes que la acción de tutela se interpone para detener el uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal ilegales, que incluyen maquinaria pesada -dragas y retroexcavadoras- y sustancias altamente tóxicas -como el mercurio- en el río Atrato (Chocó), sus cuencas, ciénagas, humedales y afluentes, que se han venido intensificando desde hace varios años y que están teniendo consecuencias nocivas e irreversibles en el medio ambiente, afectando con ello los derechos fundamentales de las comunidades étnicas y el equilibrio natural de los territorios que habitan.

⁵ Según Resolución del INCODER Núm. 2425 de 2011.

⁶ Según Resolución del INCORA, hoy Agencia Nacional de Tierras, Núm. 04566 de 1997.

⁷ DANE. Censo General 2005.

2.2. Refiere que la explotación minera mecanizada -que se viene desarrollando a gran escala de forma ilegal desde finales de la década de los noventa por diferentes actores- afecta principalmente la cuenca alta y media del río Atrato (e incluso su desembocadura en el golfo de Urabá), así como sus afluentes principales, en particular, el río Quito, el río Andágueda (territorio de Cocomopoca), el río Bebará y el río Bebaramá (territorio de Cocomacia); concretamente, a través del uso de maquinaria pesada como dragas de succión -también llamadas por los locales “dragones”-, elevadores hidráulicos y retroexcavadoras, que a su paso destruyen el cauce del río y realizan vertimientos indiscriminados de mercurio y otras sustancias e insumos requeridos para el desarrollo de estas actividades en el Atrato y sus afluentes, además de la dispersión de vapores que arroja el tratamiento del mencionado químico en los entables mineros.

2.3. Indica que los aprovechamientos mineros ilegales que se realizan en el río Atrato, sus afluentes y territorios contiguos, que para 2013 según datos de Codechocó -la autoridad ambiental regional- se estimaron en 200 entables mineros y aproximadamente 54 dragas en operación, se caracterizan por la extracción de metales preciosos, en especial oro y platino, para lo que se emplean distintas modalidades de explotación con maquinaria pesada.

La primera forma es la *minería aluvial* que supone la extracción directa de metales del lecho de los ríos por medio de dragas de succión y aplicación de mercurio; la segunda forma es la *minería de veta a cielo abierto* por medio del uso de retroexcavadoras que levantan grandes capas de tierra, dando con ello apertura a perforaciones profundas en las que se utiliza también el mercurio para lograr la separación del mineral.

2.4. En igual sentido, afirma que entre los factores de contaminación asociados a las actividades de extracción minera ilegal en la cuenca del río Atrato, uno de los más graves es el vertimiento de mercurio, cianuro y otras sustancias químicas tóxicas relacionadas con la minería, lo que representa un alto riesgo para la vida y la salud de las comunidades toda vez que el agua del río es utilizada para el consumo directo, es la fuente principal para la agricultura, la pesca y para las actividades cotidianas de las comunidades. En consecuencia, considera que la contaminación del río Atrato está atentando contra la supervivencia de la población, los peces y el desarrollo de la agricultura que son elementos indispensables y esenciales de alimento en la región, que es el lugar en donde las comunidades han construido su territorio, su vida y recrean su cultura.

Resalta que la situación de crisis ambiental que se ha desencadenado como consecuencia de las actividades reseñadas tiene efectos dramáticos en la pérdida de vidas de población infantil indígena y afrodescendiente. Según varios informes de la Defensoría del Pueblo⁸, en las comunidades indígenas de

⁸ Escrito de tutela. Cuaderno Principal, folio 20 y ss. También véase: Defensoría del Pueblo, Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente: “*Minería de hecho en Colombia*” (2010); y “*Crítica*

Quiparadó y Juinduur, las cuales se sitúan en la subregión del bajo Atrato (Riosucio), durante el año 2013 se constató la muerte de 3 menores de edad y la intoxicación de 64 más por ingerir agua contaminada. De igual forma, el pueblo indígena Embera-Katio, que se encuentra ubicado en la cuenca del río Andágueda -afluente del Atrato-, en el año 2014 reportó la muerte de 34 niños por razones similares.

Respecto de las comunidades afrocolombianas, afirma que como consecuencia de la contaminación producida por actividades de explotación minera y forestal ilegales se viene presentando una creciente proliferación de enfermedades como diarrea, dengue y malaria en las mismas de acuerdo a los informes reseñados de la Defensoría del Pueblo⁹. A la situación anteriormente descrita, añaden que la región no cuenta con un sistema de salud adecuado para atender estas enfermedades ni a los colectivos étnicos.

2.5. Adicionalmente, señala que la explotación forestal se caracteriza por la utilización de maquinaria pesada, de sustancias químicas para inmunizar la madera y por la construcción de canales artificiales para el acarreo de la misma, acciones que han puesto en peligro de extinción a las especies vivas de la zona -tanto vegetales como animales- y han cambiado el curso natural de los ríos -afectando sus ciénagas y humedales-, lo que implica graves consecuencias para la subsistencia de las colectividades allí asentadas. De hecho, aduce que de los 18 brazos navegables que tiene el río Atrato, hoy en día solo es posible la navegabilidad en uno de ellos, a causa del taponamiento y sedimentación de las fuentes hídricas producido por la inadecuada disposición de las maderas y sus desechos.

2.6. Afirma que a pesar de los varios llamados de urgencia -incluido el de la Defensoría del Pueblo que en septiembre de 2014 declaró una emergencia humanitaria y ambiental en Chocó-, resulta altamente preocupante que las instituciones estatales competentes, entre ellas la Presidencia de la República y los Ministerios de Salud, Ambiente, Minas, Agricultura, Vivienda, Educación, Defensa, el Instituto Nacional de Salud y los departamentos de Chocó y Antioquia, entre otros, no hayan realizado acciones integrales para enfrentar y dar solución a esta grave situación que amenaza la calidad de las aguas del río Atrato, sus principales afluentes, la existencia de sus bosques y de su población.

2.7. En el mismo sentido, denuncia el completo abandono del Estado colombiano en materia de infraestructura básica en la región, que no cuenta con sistemas de acueducto, alcantarillado o disposición final de residuos. A este respecto, se indica que la falta de un sistema adecuado y eficiente de abastecimiento de agua potable y saneamiento básico profundiza las consecuencias de las actividades de explotación descritas, ya que no se cuenta

situación de derechos humanos en Chocó por impacto de la minería ilegal y enfrentamientos entre grupos criminales (2014).

⁹ Idem.

con rellenos sanitarios ni otros mecanismos de disposición final y tratamiento de basuras, las cuales en su mayoría se ubican a cielo abierto o son arrojadas al río Atrato y sus afluentes.

2.8. Reitera que desde hace varios años las colectividades y sus representantes han alertado sobre la urgencia de proteger y garantizar la vida digna de las comunidades étnicas -afrocolombianas e indígenas- que habitan a lo largo de la cuenca del Atrato, sin que haya habido acciones concretas por parte del Estado. Agrega que en la actualidad los problemas denunciados se han profundizado al punto de configurar una crisis sin precedentes, originada en la contaminación de las aguas por sustancias tóxicas, erosión, empalizadas que restringen la movilidad, acumulación de basuras, sedimentación intensiva, vertimiento de residuos sólidos y líquidos al río, deforestación, taponamiento de subcuentas y brazos de navegación, y pérdida de especies; todo esto, en medio de un escenario histórico de conflicto armado.

Puntualiza que las múltiples afectaciones ambientales, sociales y en salud que vienen produciendo la explotación minera y forestal ilegal que se realiza en el río Atrato, ha motivado la creación de algunos espacios de concertación institucional como la denominada “Mesa Minera Interinstitucional”, que no han funcionado en la medida en que no están abordando las políticas estructurales que requiere el departamento del Chocó para superar esta crisis socio-ambiental ocasionada por la minería, ni las medidas que se necesitan para alcanzar la protección de los derechos de las comunidades, entre ellas las accionantes.

2.9. También destaca que se han presentado varias acciones populares, algunas de las cuales se encuentran en curso desde hace varios años y otras han sido falladas a favor de las comunidades étnicas, sin que con ello se haya logrado articular la acción estatal para salvaguardar a las poblaciones y emprender la recuperación de los ríos. Por último, señala que dichas reclamaciones judiciales no han sido efectivas: con el paso del tiempo esta grave problemática que enfrentan las comunidades se ha incrementado de forma exponencial, lo que ha llevado a una vulneración masiva y sistemática de sus derechos.

2.10. En síntesis, solicita al juez constitucional que se tutelen los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas accionantes, y en consecuencia, se emitan una serie de órdenes y medidas que permitan articular soluciones estructurales ante la grave crisis en materia de salud, socio-ambiental, ecológica y humanitaria que se vive en la cuenca del río Atrato, sus afluentes y territorios aledaños.

3. Trámite de instancia y argumentos de las entidades demandadas.

3.1. La tutela fue presentada por los demandantes el veintisiete (27) de enero de 2015 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Este,

mediante auto del mismo día avocó conocimiento de la acción y ordenó notificar a las entidades demandadas para que pudieran ejercer su derecho de defensa. Como resultado de dicho trámite se obtuvieron las respuestas que se reseñan a continuación:

3.2. En su escrito de contestación, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible solicita denegar el amparo reclamado por los actores. Manifiesta que carece de legitimación en la causa por pasiva, porque de conformidad con el Decreto 3570 de 2011¹⁰ no tiene a su cargo las funciones de expedir las licencias ambientales ni tampoco puede ejercer ningún tipo de control en relación con los hechos que sustentan la acción de tutela.

Adicionalmente, que corresponde al Ministerio dirigir el SINA -Sistema Nacional Ambiental- cuyo objeto es asegurar la adopción y ejecución de políticas, planes, programas y proyectos ambientales, pero que la competencia concreta para tomar acciones respecto de los hechos denunciados recae en otras entidades como el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio-Viceministerio de Agua y Saneamiento básico, en materia de servicios públicos domiciliarios; la Agencia Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, en materia de licencias para actividades mineras; las Corporaciones Autónomas Regionales con jurisdicción en la zona, en materia de aprovechamiento forestal; y finalmente, en las autoridades territoriales que ejercen facultades de policía.

3.3. El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, manifiesta que el artículo 365 de la Constitución y la Ley 142 de 1994¹¹ realizaron una precisa distribución de competencias en materia de servicios públicos domiciliarios entre la nación, los departamentos y los municipios. Que en esa medida, al gobierno nacional solo le corresponde -en forma general- brindar apoyo financiero, técnico y administrativo a las entidades prestadoras de servicios públicos; por su parte a los departamentos les competen las funciones de apoyo y coordinación, y al nivel municipal la formulación y ejecución de proyectos, toda vez que de acuerdo a la Ley de servicios públicos (artículo 5º), son estos últimos los responsables de asegurar la prestación efectiva de estos últimos a sus habitantes, funciones que no están a cargo del Ministerio de Vivienda.

En conclusión, solicita: (i) se niegue la acción de tutela al configurarse en el presente caso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que el Ministerio de Vivienda no es competente para conocer de las pretensiones formuladas por los accionantes y no se ha vulnerado ni amenazado derecho fundamental alguno; y (ii) se declare la improcedencia de la acción por existir otros medios de defensa judicial.

3.4. El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural solicita se le desvincule del trámite de la presente tutela, y en subsidio se declare improcedente el amparo, por existir falta de legitimación en la causa por pasiva. Indica que con

¹⁰ "Por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible."

¹¹ "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones."

fundamento en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998¹² y en el Decreto 1985 de 2013¹³ al Ministerio de Agricultura como cabeza del sector agropecuario le corresponde cumplir funciones de dirección, coordinación y evaluación de políticas agropecuaria, pesquera y de desarrollo rural.

Igualmente señala que aunque efectivamente al Ministerio le compete trazar políticas públicas en materia de seguridad alimentaria, la ejecución de estas corresponde a otras entidades gubernamentales adscritas a esta cartera ministerial como son el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -INCODER-, y al Departamento de la Prosperidad Social -DPS- adscrito a la Presidencia de la República, cuya participación en la implementación de tales políticas es integral, por lo que al no existir nexo de causalidad entre los hechos relatados por la parte accionante y las acciones u omisiones del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la presunta responsabilidad que se pretende endilgar no tiene ninguna justificación jurídica o material.

3.5. El Ministerio de Minas y Energía estima que la acción de tutela no es procedente en el presente caso por existir otros medios de defensa judicial. En primer lugar, afirma que el Centro de Estudios “Tierra Digna” instauró proceso de restitución de tierras ante el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en restitución de tierras de Quibdó, en el que solicitó como medida cautelar la suspensión del estudio y trámite de varias solicitudes y títulos mineros, petición que le fue denegada mediante auto del 1º de julio de 2014.

En cuanto a la suspensión de los contratos de concesión minera, advierte que el Título II del Capítulo V del Código de Minas establece los eventos en que puede suspenderse la concesión minera y agrega que de conformidad con lo señalado en el Decreto 4134 de 2011¹⁴, la autoridad minera del país es la Agencia Nacional de Minería -ANM- y no el Ministerio de Minas y Energía, por lo que debe ser ante la agencia que se debe acudir para decidir sobre la suspensión de la concesión minera.

Finalmente, sostiene que dentro del marco de ejecución de la política de formalización y cumplimiento de los acuerdos del paro minero del Chocó realizado en 2013, está adelantando continuamente mesas de trabajo con la población a través de la Dirección de Formalización Minera. Afirma que estas labores han dado buenos resultados en el período 2013-2014, con lo que queda demostrado que el Ministerio ha sido garante al formular políticas serias de minería sostenible para todas las comunidades.

¹² “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”

¹³ “Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y se determinan las funciones de sus dependencias.”

¹⁴ “Por el cual se crea la Agencia Nacional de Minería, ANM, se determina su objetivo y estructura orgánica.”

3.6. El Ministerio de Salud y Protección Social solicita se declare improcedente el amparo. Señala que en ejercicio de sus funciones de seguimiento y evaluación del cumplimiento de políticas públicas en materia de calidad del agua para consumo humano, ha definido mediante el Plan Decenal de Salud Pública -Salud Ambiental- una serie de metas a 2021 para enfrentar la problemática de agua potable, enfermedades y protección del medio ambiente dentro de los componentes “Hábitat Saludable” y de “Situaciones de Salud relacionadas con factores ambientales”.

Asimismo, aduce que para el departamento del Chocó existe un modelo de salud que se fundamenta en estrategias de atención primaria e intercultural basadas en el intercambio de saberes entre medicina occidental y medicina tradicional que devuelva la confianza en las EPS. De igual forma, añade que se ha construido un modelo de prestación de servicios cimentado en el fortalecimiento de estructura física y dotación de puestos de control.

Finalmente, indica que la acción de tutela es de carácter residual y subsidiario, y en esa medida solo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe acreditarse en el proceso. Concluye que por estas razones la tutela es improcedente.

3.7. El alcalde de Carmen de Atrato solicita no dar trámite a la acción de tutela. En su escrito de contestación de la demanda destaca los factores históricos, culturales y económicos que caracterizan al municipio, para luego señalar que su ciudad es pionera en la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado.

De igual forma, afirma que dentro de la jurisdicción de El Carmen de Atrato no existen entables mineros ilegales que afecten el medio ambiente con vertimiento de mercurio, cianuro u otras sustancias tóxicas y que solo se desarrolla minería de barequeo (tradicional) por parte de comunidades indígenas. Asimismo advierte que tampoco se efectúa extracción de maderas de forma indiscriminada dado que la mayoría de las explotaciones madereras se realizan para uso doméstico y aquellas con destino a otros usos, están reguladas por Codechocó.

En consecuencia, considera que de darse trámite a las pretensiones de los demandantes se podría ver afectada la continuidad en el excelente servicio administrativo que se presta a los habitantes del municipio, toda vez que ni la minería ilegal ni la explotación forestal son asuntos que ocurran dentro de su localidad y que contaminen el río Atrato, situaciones que sí se presentan de manera ostensible en otras regiones del departamento de Chocó.

3.8. El Defensor Delegado para asuntos Constitucionales y Legales interviene dentro de este proceso en cumplimiento de sus funciones constitucionales para

coadyuvar las pretensiones de la demanda. Añade que como responsable de impulsar la defensa de los derechos humanos en Colombia ha realizado un trabajo de seguimiento permanente en diferentes zonas del país, entre ellas, en el departamento del Chocó en donde se han venido evidenciado graves situaciones de amenaza y vulneración de los derechos fundamentales en las comunidades de la región.

Afirma que en las misiones de observación adelantadas por la entidad en la zona donde se asientan las comunidades accionantes, se evidencia cómo las actividades de minería aurífera generan graves conflictos socio-ambientales, ya que se está destruyendo la selva debido a la tala indiscriminada, cambiando el cauce de los ríos y afectando las fuentes hídricas con el vertimiento de grasas, aceites y metales pesados como el mercurio, amenazando así la conservación del patrimonio natural del Chocó, el cual es catalogado como una de las zonas más ricas en diversidad biológica del mundo, en donde el 90% del territorio es zona especial de conservación. Añade que con el fin de impulsar la efectiva protección de los derechos humanos, la Defensoría del Pueblo ha venido manifestando su preocupación por la crisis humanitaria que padecen los habitantes del Chocó y sus múltiples consecuencias de orden social, económico y ambiental, las cuales fueron referenciadas en la Resolución Defensorial Núm. 64 “*Crisis Humanitaria en Chocó*” de 29 de septiembre de 2014.

Precisa que esta acción de tutela fue presentada en nombre de varios consejos comunitarios y organizaciones afrodescendientes e indígenas que habitan en la cuenca y en la ribera del río Atrato, que de acuerdo con el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, tienen plena legitimación por activa como comunidad étnica y como sujetos de especial protección constitucional cuyos derechos pueden ser amparados mediante la presente acción. En efecto, señala que en el caso *sub examine* no existe otro recurso o medio de defensa judicial efectivo para la protección de los derechos fundamentales de las comunidades cuyo amparo se solicita a través de la acción de tutela. Agrega que la acción popular no resulta un recurso judicial efectivo en este caso porque: (i) lo que se busca proteger son los derechos fundamentales de las comunidades y no solamente derechos colectivos; y, (ii) se trata de un problema estructural que la acción popular no puede amparar puesto que este caso requiere la toma de medidas complejas y de articulación interinstitucional que superan el alcance de la acción en mención.

Por último la Defensoría del Pueblo considera prioritario que se adopten las medidas necesarias para que cese la vulneración de derechos fundamentales de las comunidades accionantes al goce de un medio ambiente sano, al equilibrio ecológico, al agua, a la seguridad y salubridad públicas, al acceso a servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y a la salud, entre otros derechos que están siendo vulnerados en los municipios a los que hace referencia la presente acción.

3.9. El Ministerio de Educación Nacional y los municipios de Acandí, Bojayá, Lloró, Medio Atrato, Murindó, Quibdó, Vigía del Fuerte, Turbo, Riosucio, Río Quito, Unguía, Carmen del Darién, Bagadó y Yuto guardaron silencio.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

1. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia de once (11) de febrero de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Cuarta, Subsección B- resolvió no dar trámite a la acción de tutela. Constató que esta resultaba improcedente porque lo que se pretendía con ella era la protección de derechos colectivos y no fundamentales. Por lo anterior, añadió que los actores debían acudir a la acción popular y no a la de tutela en procura de la defensa de sus intereses.

En el mismo sentido, agregó que a pesar de lo argumentado por los demandantes, después de examinar el expediente no se observaron reunidos los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional en el sentido de demostrar que las acciones populares no son el mecanismo idóneo en el caso concreto para la protección efectiva de los derechos presuntamente vulnerados. En conclusión, consideró que los accionantes, antes de interponer una acción de tutela, han debido hacer uso del incidente de desacato contenido en el artículo 41 de la Ley 472 de 1998 para enfrentar la falta de cumplimiento de las sentencias que en sede de acción popular se han fallado a su favor.

2. Impugnación.

El Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna” presentó impugnación contra el fallo de primera instancia exponiendo tres argumentos: (i) desconocimiento de la vulneración y amenaza a los derechos fundamentales de las comunidades accionantes; (ii) irregularidades en el trámite judicial de la acción de tutela y (iii) la activación de otras acciones judiciales que no han resultado efectivas.

Los demandantes consideraron que los aspectos antes señalados son fundamentales en el estudio del caso y que no fueron tenidos en cuenta por el juez de instancia quien, en términos generales, se decantó por la improcedencia de la acción al estimar que “*por medio de la acción impetrada por las comunidades afrodescendientes e indígenas asentadas en la cuenca del río Atrato, se persigue la protección y salvaguardia de derechos colectivos*”, en particular del medio ambiente en conexión con el derecho a la alimentación y por tanto, concluyó erróneamente que el mecanismo judicial idóneo para atender el problema jurídico que se plantea es la acción popular.

3. Sentencia de segunda instancia.

El Consejo de Estado -Sección Segunda, Subsección A-, en providencia del veintiuno (21) de abril de 2015 confirmó el fallo impugnado. La sección concluyó que no existe vulneración de los derechos colectivos alegados por el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna”, por cuanto los demandantes: (i) no lograron demostrar el perjuicio irremediable ni la ineficacia de las acciones populares para la protección de los derechos que estiman vulnerados; (ii) tienen la oportunidad de presentar el incidente de desacato ante el juez popular, quien conserva la competencia para ejecutar las medidas necesarias para el cumplimiento de la sentencia en la medida en que no se puede pretender a través de la acción de tutela sustituir los medios ordinarios de acceso a la administración de justicia.

En consecuencia, confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por los accionantes.

III. ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISIÓN.

1.- Esta Sala de revisión, mediante auto del catorce (14) de octubre de 2015, el Magistrado Sustanciador decidió vincular y solicitar información relacionada con el caso *sub examine* a varias entidades del orden nacional y departamental por considerar que aunque no fueron demandadas en la presente acción de tutela, dado el alcance y la gravedad de la situación denunciada, podrían verse involucradas con lo que finalmente se decida en este proceso.

En respuesta se recibieron **26 contestaciones**, que por su extensión se referirán en el pie de página adjunto¹⁵.

¹⁵ 1.- Contestación del Ministerio de Interior (fl. 72-79. Cuaderno de pruebas Núm. 1); 2.- Contestación del Departamento Nacional de Planeación (fl. 80-103. Cuaderno de pruebas Núm. 1); 3.- Contestación de la Agencia Nacional de Minería (fl. 104-179. Cuaderno de pruebas Núm. 1); 4.- Contestación del Instituto Nacional de Salud (fl. 180-207. Cuaderno de pruebas Núm. 1); 5.- Contestación del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (fl. 208-223. Cuaderno de pruebas Núm. 1); 6.- Contestación de la Corporación para el desarrollo sostenible del Urabá – CORPOURABÁ (fl. 224-230. Cuaderno de pruebas Núm. 1); 7.- Contestación de la Registraduría Nacional del Estado Civil (fl. 231-254. Cuaderno de pruebas Núm. 1); 8.- Contestación de la Contraloría General de la República (fl. 255-285. Cuaderno de pruebas Núm. 1); 9.- Contestación de la Procuraduría General de la República (fl. 286-288. Cuaderno de pruebas Núm. 1); 10.- Contestación del Ministerio de Minas y Energía (fl. 289-348. Cuaderno de pruebas Núm. 1); 11.- Contestación del Ministerio de Educación (fl. 349-359. Cuaderno de pruebas Núm. 1); 12.- Contestación de la Gobernación de Antioquia (fl. 360-388. Cuaderno de pruebas Núm. 1); 13.- Contestación del Ministerio de Defensa (fl. 389-400. Cuaderno de pruebas Núm. 1); 14.- Contestación de la Defensoría del Pueblo (fl. 423-500. Cuaderno de pruebas Núm. 2); 15.- Contestación del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (fl. 501-521. Cuaderno de pruebas Núm. 2); 16.- Contestación del Ministerio del interior (fl. 522-527. Cuaderno de pruebas Núm. 2); 17.- Contestación de la Presidencia de la República (fl. 528-531. Cuaderno de pruebas Núm. 2); 18.- Contestación del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (fl. 1007-1012. Cuaderno de pruebas Núm. 2); 19.- Contestación de la Policía Nacional (fl. 1014-1162. Cuaderno de pruebas Núm. 3); 20.- Contestación del Departamento para la Prosperidad Social (fl. 1264-1265. Cuaderno de pruebas Núm. 3); 21.- Contestación de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA (fl. 1266-1278. Cuaderno de pruebas Núm. 3); 22.- Contestación de Instituto Geográfico Agustín Codazzi (fl. 1547-1551. Cuaderno de pruebas Núm. 4); 23.- Contestación del Municipio de Medio Atrato (fl. 1706-1714. Cuaderno de pruebas Núm. 4); 24.- Contestación de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó (fl. 1890-1987. Cuaderno de

2.- Posteriormente, mediante auto del trece (13) de noviembre de 2015, la Sala Sexta de revisión invitó a varias universidades, ONG y organizaciones internacionales a que conceptuaran sobre algunos temas de interés para la Corte en el presente caso y además, ordenó la realización de una inspección judicial en Quibdó y algunos sectores de la cuenca del río Atrato en el departamento de Chocó los días 28 y 29 de enero de 2016. Por último, decretó la suspensión de términos para fallar el asunto *sub examine*.

En respuesta se recibieron **17 intervenciones**, que por su extensión se referirán en el pie de página adjunto¹⁶. Adicionalmente, se realizó inspección judicial en la ciudad de Quibdó (Chocó), los días 28 y 29 de enero de 2016. De esta diligencia da cuenta el **Acta Final de la Inspección Judicial** que obra a folios 2095-2193 en el Cuaderno de pruebas Núm. 5.

3.- Finalmente, mediante auto del veintinueve (29) de abril de 2016, como consecuencia de lo constatado en la inspección judicial, la Sala decidió realizar una nueva vinculación de tres entidades estatales y solicitar información relacionada con el caso objeto de estudio al Ministerio de Hacienda, a la Unidad Administrativa Especial de Información y Análisis Financiero -UAIF- y a la Fiscalía General de la Nación¹⁷. Adicionalmente, en este auto se extendió la suspensión de términos que había sido decretada anteriormente.

El recuento completo de las referidas actuaciones, incluyendo contestaciones, conceptos, intervenciones así como el Acta Final de la Inspección Judicial constituyen el **Anexo Núm. 1** de la sentencia y allí pueden ser consultadas. Con todo, la Sala se referirá a las pruebas relevantes que obran en los expedientes en el capítulo de esta sentencia en el que efectúa el análisis del caso concreto.

pruebas Núm. 5); 25.- Contestación del Ministerio de Salud y Protección Social (fl. 2008-2026. Cuaderno de pruebas Núm. 5) y 26.- Contestación del Ministerio de Minas y Energías. (fl. 2027-2037. Cuaderno Núm. 5).

¹⁶ 1.- Intervención de la Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Ciencias Naturales (fl. 1465-1468. Cuaderno de pruebas Núm. 4); 2.- Intervención de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia - ANDI (fl. 1469-1493. Cuaderno de pruebas Núm. 4); 3.- Intervención del Instituto Humboldt (1494-1502. Cuaderno de pruebas Núm. 4); 4.- Intervención de la Universidad de los Andes - Departamento de Antropología (fl. 1503-1535. Cuaderno de pruebas Núm. 4); 5.- Intervención del Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico (fl. 1552-1580. Cuaderno de pruebas Núm. 4); 6.- Intervención de la organización FIAN Internacional (fl. 1581-1602. Cuaderno de pruebas Núm. 4); 7.- Intervención Universidad de Antioquia - Facultad de Antropología (fl. 1603-1612. Cuaderno de pruebas Núm. 4); 8.- Intervención de la Universidad del Rosario - Facultad de Ciencias Naturales (fl. 1613-1619. Cuaderno de pruebas Núm. 4); 9.- Intervención de la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (fl. 1620-1642. Cuaderno de pruebas Núm. 4); 10.- Intervención de la Asociación Colombia de Minería (fl. 1643-1685. Cuaderno de pruebas Núm. 4); 11.- Intervención de la Universidad Tecnológica del Chocó (fl. 1755-1790. Cuaderno de pruebas Núm. 4); 12.- Intervención de la Universidad de Antioquia - Instituto de Biología (fl. 1791-1825. Cuaderno de pruebas Núm. 4); 13.- Intervención del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (fl. 1827-1870. Cuaderno de pruebas Núm. 5); 14.- Intervención de la Universidad Nacional - Facultad de Antropología (fl. 2037-2049. Cuaderno de pruebas Núm. 5); 15.- Intervención de la Fundación Activos Culturales Afro. (fl. 2560-2566. Cuaderno de pruebas Núm. 6); 16.- Intervención "Amicus Curiae" de la Defensoría del Pueblo. (fl. 2477-2497. Cuaderno de pruebas núm. 6); 17.- Intervención del Centro de Estudios para la Justicia Social - Dejusticia. (fl. 2568-2592. Cuaderno de pruebas Núm. 6).

¹⁷ 1.- Contestación del Ministerio de Hacienda (fl. 2499-2524). Cuaderno de pruebas Núm. 6); 2.- Contestación de la Unidad de Información y Análisis Financiero - UIAF (fl. 2526-2557. Cuaderno de pruebas Núm. 6); 3.- Contestación de la Fiscalía General de la Nación. (fl. 2603-2697. Cuaderno de pruebas núm. 6).

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para dictar sentencia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento de los problemas jurídicos.

Con fundamento en los antecedentes descritos, y teniendo en cuenta las pretensiones de las comunidades demandantes en la presente acción de tutela¹⁸, la Sala estima que el caso *sub examine* plantea varias cuestiones jurídicas constitucionales complejas relacionadas con explotación minera ilegal, que pueden llegar a tener algunas repercusiones sobre el contenido, alcance y limitaciones de la política minero-energética estatal colombiana.

En este orden de ideas, la Sala considera que el problema jurídico a resolver en esta oportunidad consiste en determinar si debido a la realización de actividades de minería ilegal en la cuenca del río Atrato (Chocó), sus afluentes y territorios aledaños, y a la omisión de las autoridades estatales demandadas (encargadas de hacer frente a esta situación, tanto del nivel local como del nacional), se presenta una vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas accionantes.

Para efecto de resolver, la Sala abordará como cuestión previa el análisis de la procedibilidad de la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de comunidades étnicas. Luego, realizará el estudio de: (i) la fórmula de Estado social de derecho en relación con (a.-) la relevancia constitucional de la protección de los ríos, los bosques, las fuentes de alimento, el medio ambiente y la biodiversidad, (b.-) el derecho a la supervivencia física, cultural y espiritual de las comunidades étnicas, en tanto garantía de los modos de vida tradicionales; (ii) la minería y sus efectos sobre el agua, el medio ambiente y las comunidades étnicas en relación con el principio de precaución. Por último, (iii) efectuará el análisis del caso concreto.

¹⁸ Las comunidades demandantes interpusieron el presente recurso de amparo para detener el uso intensivo y a gran escala de peligrosos métodos de extracción minera y de explotación forestal, que incluyen maquinaria pesada -dragas y retroexcavadoras- y sustancias altamente tóxicas -como el mercurio y el cianuro- en el río Atrato (Chocó), sus cuencas, ciénagas, humedales y afluentes, que se viene presentando desde hace varios años y que están teniendo consecuencias nocivas e irreversibles en el medio ambiente, afectando con ello los derechos fundamentales de las comunidades étnicas y el equilibrio natural de los territorios que habitan.

3. La acción de tutela y la procedibilidad de la misma para proteger los derechos fundamentales de comunidades étnicas. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. **Requisito de Inmediatez.** La acción de tutela está diseñada para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales, por lo que en principio quien acuda a este mecanismo debe hacerlo dentro de un término justo y razonable¹⁹. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que este no es un parámetro absoluto, sino que debe verificarse el ejercicio oportuno del instrumento en cada situación particular.

Para establecer la razonabilidad del tiempo transcurrido entre el desconocimiento de la atribución fundamental y el reclamo ante el juez constitucional, la jurisprudencia ha establecido un conjunto de pasos o espacios de justificación. Al respecto, la sentencia **T-743 de 2008** precisó que debe determinarse: (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado²⁰; (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición²¹.

A partir del desarrollo de las nociones mencionadas el juez de tutela puede hallar la proporcionalidad entre el medio judicial utilizado por el demandante y el fin perseguido, para de esta manera determinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental reclamado.

Adicionalmente, la jurisprudencia también ha señalado que puede resultar admisible que transcurra un espacio de tiempo considerable entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción de tutela siempre que se presenten dos circunstancias²²: (i) cuando se demuestra que la afectación es permanente en el tiempo y (ii) cuando se pueda establecer que *“la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”*²³.

En conclusión, el límite para interponer la solicitud de protección no es el transcurso de un periodo determinado, sino que la afectación de derechos fundamentales que se pretende remediar sea actual²⁴.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2006.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-961 de 1999.

²¹ Corte Constitucional, sentencias T-814 de 2004 y T-243 de 2008.

²² Corte Constitucional, sentencia T-172 de 2013.

²³ Corte Constitucional, sentencia T-158 de 2006.

²⁴ Corte Constitucional, sentencias T-883 de 2009 y T-055 de 2008.

Respecto a lo anterior, la Sala debe señalar que de acuerdo a lo afirmado por los accionantes, en el presente asunto se está ante una afectación que viene produciéndose desde hace varios años y frente a lo cual tanto la Procuraduría regional como las comunidades han interpuesto varias acciones tanto administrativas como constitucionales (tres populares, seis de cumplimiento) con el objeto de lograr una solución a la problemática generada por el desarrollo a gran escala de actividades de minería ilegal sin que esta se haya dado, y que -a su juicio- aún continúa dándose como resultado de la omisión en el cumplimiento de sus funciones por parte de las entidades demandadas. En este sentido y debido a que la acción fue interpuesta el 27 enero de 2015, ante el agravamiento de la situación denunciada por las comunidades étnicas, se considera que la pretensión es actual y que persiste en el tiempo.

En consecuencia, esta Corporación concluye que en el asunto *sub examine* se cumple con el requisito de inmediatez.

3.2. Legitimación por activa. Esta corporación ha insistido en que la procedibilidad de las tutelas promovidas por minorías étnicas y, en general, por grupos y sujetos en situación de vulnerabilidad debe examinarse con criterios ponderados. Tal flexibilización tiene su justificación en la necesidad de derribar los obstáculos y las limitaciones que han impedido que estas poblaciones accedan a los mecanismos judiciales que el legislador diseñó para la protección de sus derechos en las mismas condiciones en que pueden hacerlo otros sectores de la población²⁵.

En aras de compensar esas dificultades y de hacer efectivo el deber de especial protección que las autoridades y, en especial, los jueces de tutela, tienen frente a los grupos y sujetos de especial protección constitucional, la Corte ha admitido, por ejemplo, que las tutelas que buscan el amparo de los derechos fundamentales de una comunidad étnica sean instauradas por cualquiera de sus integrantes, o incluso, por las organizaciones que agrupan a los miembros de la comunidad de que se trate.

Esa posibilidad, que, se insiste, busca facilitar el acceso a la justicia de poblaciones tradicionalmente alejadas del aparato judicial por razones de aislamiento geográfico, postración económica o por su diversidad cultural, tiene plena justificación en el marco de un Estado comprensivo de la diversidad étnica y de las especificidades que caracterizan a aquellos grupos que se identifican como culturalmente distintos de la sociedad dominante.

Con este propósito, la Corte Constitucional ha flexibilizado las condiciones de procedibilidad de las tutelas promovidas para salvaguardar derechos fundamentales de las colectividades étnicamente diferenciadas, hecho que responde también a la necesidad de asegurar que las autoridades cumplan con sus compromisos frente a la protección de las poblaciones indígenas y tribales.

²⁵ Corte Constitucional, sentencias T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-025 de 2004, T-576 de 2014 y T-766 de 2015.

Recuérdese, al respecto, que el Convenio 169 de la OIT, incorporado al ordenamiento interno por la Ley 21 de 1991, compromete a sus Estados parte a proteger a los pueblos interesados contra la violación de sus derechos y a asegurar que puedan iniciar procedimientos legales, *“personalmente o por conducto de sus organismos representativos”*, para asegurar que tales derechos sean respetados.

En igual sentido la sentencia **T-955 de 2003**, interpretó de forma amplia el Convenio 169 de la OIT **extendiendo sus interpretación a las comunidades negras**, consolidando con ello un enfoque biocultural al reconocer los vínculos de los modos de vida de los pueblos indígenas, tribales y las comunidades étnicas con los territorios y la utilización, conservación y administración de sus recursos naturales. Al respecto, señaló que *“del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural depende la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales, y que son éstos quienes pueden conservar y proyectar en los diferentes ámbitos el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, sustrato del Estado social de derecho acogido en la Carta. Este carácter, reconocido alude a los pueblos indígenas y tribales, entre éstos a las comunidades negras.”* (Negrilla fuera de texto original)

Adicionalmente, en relación con la *legitimación por activa* de los miembros de comunidades étnicas o de sus representantes para presentar la acción de tutela, la Corporación ha reconocido *“no solo el estatus de sujetos colectivos de derechos fundamentales a las comunidades étnicas, sino que adicionalmente ha establecido que tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas comunidades se encuentran legitimados para presentar la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad, así como también “las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, tribales y la Defensoría del Pueblo”²⁶.*

En todo caso, para la Sala es claro que el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna” al acreditar plenamente que las comunidades étnicas accionantes le han conferido el poder de representarlas legalmente en este proceso, se entiende que está legitimada para promover la presente acción de tutela en nombre y representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca), el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia), la Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato (Asocoba), el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó (FISCH) y otros²⁷.

3.3. Cumplimiento del requisito de subsidiariedad. Ahora bien, en virtud del principio de subsidiariedad como requisito de procedibilidad de la acción de tutela, esta Corporación ha sostenido que en los casos en que existan medios judiciales ordinarios de protección al alcance del actor, el amparo será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y

²⁶ Corte Constitucional, sentencia T-049 de 2013.

²⁷ Cuaderno principal, folios 1-500 y ss.

recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere del amparo constitucional como mecanismo transitorio, puesto que, de lo contrario, se configuraría un perjuicio irremediable; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es un sujeto de especial protección constitucional²⁸.

Sobre el particular es preciso recordar que los accionantes, al ser comunidades étnicas, campesinas y sujetos de especial protección constitucional, obran con el objeto de que se amparen sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio.

Ahora bien, el argumento de los jueces de instancia según el cual la tutela no es procedente porque busca proteger derechos colectivos no fundamentales, y que adicionalmente son susceptibles de protección a través de otro medio de defensa judicial, no es de recibo en el presente caso por dos razones principales. En primer lugar, es cierto que los demandantes aducen graves afectaciones al medio ambiente en el que viven, y el derecho al medio ambiente sano es un derecho colectivo. Sin embargo, en el presente caso la vulneración del derecho a gozar de un medio ambiente sano tiene repercusiones sobre otros derechos y principios constitucionales que, tanto el texto de la Constitución como la jurisprudencia de la Corte, reconocen como fundamentales. Tales son los derechos a la salud, tanto de los niños como de los mayores, y el principio de dignidad humana, reconocido como un principio fundamental en el artículo 1º de la Constitución. Es así como el artículo 44 de la Constitución Política reconoce el carácter fundamental del derecho a la salud y a la integridad física de los niños, mientras que a partir de las Sentencias **T-060 de 2007**, **T-148 de 2007** y **T-760 de 2008** se reconoció el carácter fundamental del derecho a la salud.

En segundo lugar, debe recordarse que los demandantes son comunidades negras, debidamente reconocidas -como ya se reseñó en el acápite relativo a los hechos de la demanda-, que vienen ocupando históricamente territorios que les han sido reconocidos y titulados colectivamente de acuerdo con sus prácticas usos y costumbres tradicionales, conforme lo establece el artículo 1º de la Ley 70 de 1993. En esa medida, la protección del medio ambiente sano del que son titulares estas comunidades está estrechamente ligada con la protección del territorio, ya que el medio ambiente sano va más allá de la simple diversidad biológica: es una condición necesaria para el goce efectivo del derecho al territorio. En este sentido, se entiende que contar con un medio ambiente sano es una condición necesaria para garantizar otros derechos fundamentales de las comunidades étnicas, como son: la identidad colectiva y la integridad cultural.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-177 de 2011.

Cuando las condiciones de deterioro ambiental del territorio no permiten a los miembros de una comunidad étnica contar con bienes individuales básicos como la salud y la integridad personal, estos se ven forzados a desplazarse a otras partes del país donde dichos derechos sí estén garantizados, o al menos no amenazados de forma directa. Por otra parte, este fenómeno del desplazamiento no sólo afecta las vidas de los individuos que parten de su tierra, también destruye el tejido social que mantiene unidas a las comunidades, aquel que permite mantener las tradiciones culturales y los diferentes modos de vida que son, en últimas, los que mantienen la vigencia del carácter pluralista del Estado colombiano, principio fundamental consagrado en el artículo 1º de la Carta. Por lo tanto, la protección del medio ambiente sano de las comunidades negras adquiere especial relevancia desde el punto de vista constitucional, dado que es una condición necesaria para garantizar la vigencia de su estilo de vida y de sus tradiciones ancestrales.

En sentido complementario, el argumento de la improcedencia de la presente acción de tutela por existir otros medios de defensa judicial, como las acciones populares (artículo 86 Superior), tampoco resulta acertado. Si bien las acciones populares, en teoría están diseñadas para proteger derechos colectivos como el medio ambiente, en el presente caso, dicho mecanismo enfrenta dos problemas: (i) la afectación tanto de derechos fundamentales como colectivos, y (ii) la ineficacia de las acciones populares como recurso idóneo para dar solución a la compleja problemática planteada en el asunto *sub examine*. Respecto del primer supuesto, la Sala debe señalar que conforme a la crisis generada por la explotación minera ilegal que compromete por igual los derechos a la vida, a la dignidad humana, a la salud, a la seguridad alimentaria, a la cultura, al territorio y al medio ambiente sano, este caso involucra por igual la presunta vulneración de derechos fundamentales de comunidades étnicas como de derechos colectivos y en este sentido, la acción de tutela es el recurso procedente para amparar las pretensiones de los accionantes.

En relación con el segundo supuesto planteado, tanto las comunidades étnicas accionantes como el Procurador Judicial y Agrario de Chocó²⁹ han interpuesto y ganado previamente varias acciones populares sin que hasta el momento de la interposición de la presente acción de tutela estas se hayan cumplido. Como ejemplo de lo anterior, vale la pena traer a colación el Informe Anual 2013 del mencionado procurador judicial de la región en el que se hace una reseña de la interposición de tres acciones populares y seis de cumplimiento ante el Tribunal Administrativo de Chocó y varios juzgados administrativos de diferentes municipios del departamento, todas las cuales han sido falladas a favor del Ministerio Público y de las comunidades étnicas para la protección del agua y del medio ambiente sin que se tengan resultados concretos de la implementación de dichas decisiones.

²⁹ Escrito de tutela. Cuaderno Principal, folios 467-502.

A lo anterior, vale la pena agregar que en noviembre de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca³⁰ falló otra acción popular a favor de varias comunidades étnicas de la cuenca del río Quito (afluente del Atrato), con el fin de lograr la protección de sus derechos colectivos al medio ambiente, al agua y a los recursos naturales sin que hasta el momento, más de un año después de dadas una serie de órdenes para amparar los derechos colectivos referidos, estas se hayan cumplido por las autoridades demandadas.

En conclusión, considera la Corte que una de las razones que podría explicar ineffectividad de las acciones populares en casos como el enunciado puede encontrarse en la naturaleza del asunto a resolver: al tratarse de un problema estructural, este requiere la adopción de medidas complejas y de una articulación interinstitucional que supera los alcances normativos y prácticos de la acción en mención; pero con los que sí cuenta la acción de amparo, que fue diseñada precisamente para dar respuesta a problemas complejos y estructurales. Por lo reseñado anteriormente, es que la acción de tutela resulta el recurso idóneo para la efectiva protección de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas de la cuenca del río Atrato.

En mérito de lo expuesto, es claro que concurren todos los requisitos requeridos para la procedencia de la acción de tutela. Dicho esto, se procederá a estudiar el fondo del asunto.

4. La fórmula del Estado social de derecho.

El caso que en esta oportunidad ocupa a la Corte suscita importantes reflexiones sobre el concepto, desarrollo y alcance de la fórmula del Estado social de derecho concebida por la Asamblea Constituyente de 1991 y su posterior implementación por el Tribunal Constitucional a lo largo de 25 años de jurisprudencia, en particular, respecto de la satisfacción de las necesidades más básicas de los colombianos -en términos de *dignidad humana, justicia social y bienestar general*-, la protección de los más débiles o personas en condición de gran vulnerabilidad, del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación y de la protección del medio ambiente y de los recursos naturales, todos ellos, pilares fundacionales de la República.

En este orden de ideas, en este acápite se examinará la naturaleza, sentido y alcance de la fórmula del Estado social de derecho colombiano -en adelante ESD-, en el siguiente orden: (i) antecedentes históricos; (ii) desarrollo jurisprudencial de la fórmula del Estado social de derecho, y finalmente (iii) se presentarán algunas breves reflexiones sobre el concepto de ESD.

Antecedente históricos.

³⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B", sentencia de 19 de noviembre de 2015, rad. n.º 25000-23-24-000-2011-00655-01, M.P. Freddy Ibarra Martínez.

4.1. La fórmula del Estado social de derecho surgió de forma paulatina en una época especialmente convulsionada. Si bien algunos autores rastrean sus primeros antecedentes en los movimientos sociales y en las reivindicaciones obreras del siglo XIX (Forsthoff, 1954; Abendroth, 1977), lo cierto es que esta figura no hace su aparición sino hasta las Constituciones de México (1917) y de la República de Weimar (Alemania, 1919), cuyos textos fueron los primeros en toda la tradición del constitucionalismo occidental en incluir una lista de derechos sociales, aunque en lo formal aún se continuara considerando a la república como un Estado de Derecho.

4.2. Más concretamente, algunos años después de la Primera Guerra Mundial, va a ser el teórico del Estado Hermann Heller, quien en un célebre artículo titulado "*Rechtsstaat oder Diktatur?*" (1930), definirá al Estado de Derecho -en adelante, ED- en los términos de un ESD como forma de oposición a la antigua visión abstracta del constitucionalismo liberal -para la época ya considerada caduca y desgastada frente al advenimiento de las revoluciones sociales y la industrialización- e introducirá el adjetivo *social* en la concepción clásica del ED para recuperar las ideas-valor a las que estaba asociada originalmente dicha fórmula cuando sirvió de instrumento en la lucha de americanos y franceses contra el absolutismo, a saber: justicia social, igualdad, libertad, bienestar general e incluso, felicidad.

Este hecho, de capital importancia para el constitucionalismo moderno, constituyó mucho más que la introducción de un simple ornamento a la clásica fórmula del ED, puesto que evidenció la profunda transformación que estaba teniendo la vieja estructura de la relación *Estado-sociedad civil* en la posguerra, que la burguesía liberal, varios siglos antes, se había esmerado en construir siguiendo la teoría hegeliana del dualismo -cada una con intereses y esferas claramente diferenciadas-, en la cual el Estado dominaba todos los ámbitos del "interés general", entendido este como la superación de los intereses particulares contradictorios de la sociedad civil y como la garantía de la seguridad interna y externa de la organización estatal, sin ocuparse de ningún asunto relacionado con las necesidades sociales más básicas de la población, verbigracia, trabajo, seguridad social, salud o educación. Así las cosas, bajo este modelo de Estado se impuso una concepción abstracta del interés general y de los derechos, en la que el individuo, como parte de la sociedad civil, se entendía con la capacidad de asegurar su propia subsistencia física, material y cultural. Sin embargo, todo estaba por cambiar.

4.3. Tuvieron que pasar cerca de dos décadas, una nueva guerra mundial y una gran crisis económica para que la fórmula del ESD concebida por Heller fuera acogida formalmente en una Constitución. Ocurrió con la Ley Fundamental de Bonn en 1949. Es precisamente este texto constitucional alemán el que va a recoger toda una nueva forma de organización de las relaciones Estado-sociedad civil, en la que se define al Estado como "democrático y social" (artículo 20), regido por los principios del "Estado de Derecho republicano,

democrático y social” (artículo 28)³¹. De esta manera, la constitucionalización del modelo del ESD implicó una gran transformación que puso a partir de ese momento en cabeza del Estado y sus instituciones la obligación de la satisfacción de las necesidades individuales no realizables por la sociedad civil y con ello, la construcción de un Estado Social que, en adelante, velará por la prestación de tales servicios y prestaciones básicas.

Al plantear el ED como ESD y al vincularlo a las ideas de razón y de justicia social, Heller encontró un camino alternativo para superar la concepción clásica de ED y corregir sus limitaciones en términos de las nuevas reivindicaciones sociales. Así nació una novedosa forma de organización estatal que hoy conocemos como Estado social de derecho, cuya finalidad consiste en *“crear los supuestos sociales de la misma libertad para todos, esto es, de suprimir la desigualdad social.”*³²

4.4. En este orden de ideas resulta pertinente precisar que a diferencia del modelo de Estado de Derecho que, como se ha venido señalando, atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado social de derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado social de derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional³³.

La fórmula del ESD no tardó en replicarse progresivamente en otros países y en otras constituciones, con algunas diferencias de redacción y alcance, tanto en Europa (Italia, 1949; Francia, 1958; España, 1978) como en Latinoamérica (Perú, 1979; Nicaragua, 1987; Brasil, 1988; Colombia, 1991; Paraguay, 1992; Venezuela, 1999; Ecuador, 2008) e incluso en algunos países tributarios de la tradición inglesa del *common law* como India (1950) y Sudáfrica (1996).

Desarrollo jurisprudencial de la fórmula del Estado social de derecho.

Como se había señalado al principio de este acápite, el caso que en esta oportunidad ocupa a la Corte suscita importantes reflexiones sobre el concepto, desarrollo y alcance de la fórmula del Estado social de derecho en relación con la protección de los más débiles o personas en condición de gran vulnerabilidad, del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación, pero en especial, de la protección del medio ambiente y de los recursos naturales. A continuación se reseñará la construcción de las principales garantías constitucionales a este respecto.

³¹ Extractos tomados de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, Deutscher Bundestag, 2014.

³² E.W. Böckenförde, *“Estudios sobre Estado de derecho y democracia”*, Trotta, Madrid, 2000.

³³ Corte Constitucional, sentencia C-1064 de 2001.

4.5. Desde el mismo momento de la expedición del nuevo ordenamiento constitucional, le correspondió a la Corte Constitucional interpretar el contenido, naturaleza y alcance de la nueva Carta Política: un moderno instrumento que incorporó -por primera vez en nuestra historia- las tres generaciones de derechos humanos en un único catálogo de derechos y principios que está comprendido en los *Títulos I. De los Principios Fundamentales* y *II. De los derechos, las garantías y los deberes*, en lo que constituye una **caja de herramientas constitucional** para la construcción de un Estado social de derecho, fin último de la sociedad colombiana y de la organización estatal que, además, carecería por completo de sentido sino se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos.

4.6. Una de las primeras tareas emprendidas por el Tribunal Constitucional consistió en *interpretar* la fórmula del ESD concebida por el constituyente de 1991. En particular, lo ha venido haciendo desde los primeros años de su jurisprudencia. Una de las primeras sentencias que emprendió el estudio de la cláusula en mención fue la **T-406 de 1992**³⁴ -hoy considerada fundadora de línea-, en la que se analizan y desarrollan los postulados que inspiraron la consagración del ESD como *principio cardinal* de nuestro ordenamiento jurídico-político, que irradia a todas las instituciones y autoridades estatales con el objeto de lograr la promoción y establecimiento de condiciones de vida dignas para todas las personas y la solución de las desigualdades reales que se presenten en la sociedad. En este sentido, señaló que el desafío primordial de los valores y los principios traducidos en derechos fundamentales no reside en su enunciación, sino en su aplicación y eficacia, cuya garantía está en cabeza de los jueces constitucionales:

*“Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela.”*³⁵

En esta providencia también se expone que los principios y valores constitucionales constituyen la estructura axiológico-jurídica sobre la cual se construye y orienta todo el sistema normativo, se aclara la naturaleza y el alcance del catálogo de los derechos fundamentales estableciendo que por

³⁴ En esta sentencia la Corte -con ponencia del magistrado Ciro Angarita Barón-, después de realizar un detallado análisis teórico y dogmático de la cláusula del ESD, se ordenó a las Empresas Públicas de Cartagena la terminación de la construcción del alcantarillado del barrio 'Vista Hermosa' en la medida en que estaba vulnerando el derecho fundamental a la salubridad pública de sus habitantes lo que generaba la vulneración adicional de múltiples derechos por conexidad.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992.

conexidad con un derecho fundamental también es posible proteger derechos económicos, sociales, culturales, DESC (artículos 42 y ss.), colectivos y del medio ambiente (artículos 78 y ss.), y que por criterio de remisión expresa también lo son los derechos incorporados mediante el bloque de constitucionalidad (artículo 93).

4.7. A partir de entonces, la jurisprudencia de la Corte ha continuado desarrollando ampliamente los postulados normativos del ESD, que como elemento fundacional de la Carta Política o *principio constitucional* -que da sentido a todo el ordenamiento jurídico- deriva en los siguientes mandatos y obligaciones constitucionales: (i) el compromiso por la defensa de los principios y derechos fundamentales y el acatamiento de los principios rectores de la actividad estatal³⁶; (ii) el dirigido a promover la igualdad real y efectiva mediante la adopción de medidas en favor de los grupos marginados o discriminados (cláusula de erradicación de las injusticias presentes)³⁷; (iii) la protección especial a las personas que por su condición social, económica, física o mental³⁸, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta³⁹; (iv) la necesidad de adopción, por parte del Congreso, de medidas legislativas que permitan la construcción de un orden político, económico y social justo⁴⁰; (v) la garantía de los derechos que permitan el disfrute de condiciones básicas para mantener o mejorar la calidad de vida de las personas de manera digna⁴¹; (vi) la promoción y defensa del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de la nación⁴²; (vii) el respeto por los principios fundantes de la solidaridad y la dignidad humana⁴³; (viii) el interés superior en la protección del medio ambiente a través de la denominada “*Constitución Ecológica*”⁴⁴; (ix) la prevalencia del interés general⁴⁵; y (x) la priorización sobre cualquier otra asignación al *gasto público social* para la solución de las necesidades

³⁶ Al respecto consultar las siguientes sentencias: T-401 de 1992, T-406 de 1992, T-426 de 1992, C-449 de 1992, C-089 de 1994, C-566 de 1995, SU-747 de 1998, C-1187 de 2000, C-1064 de 2001, C-1172 de 2001, T-772 de 2003, C-862 de 2006 y T-1058 de 2008.

³⁷ Corte Constitucional, sentencias T-533 de 1992, T-153 de 1998, SU-255 de 1998, T-772 de 2003, T-025 de 2004, T-760 de 2008, T-319 de 2009 y T-386 de 2013.

³⁸ Por ejemplo: mujeres embarazadas, mujeres cabeza de familia, menores, personas de la tercera edad, en condición de discapacidad, desempleados, pensionados, enfermos, comunidades étnicas, minorías sexuales, entre otros.

³⁹ Corte Constitucional, sentencias T-401 de 1992, T-427 de 1992, T-505 de 1992, T-571 de 1992, T-135 de 1993, SU-747 de 1998, T-149 de 2002, T-655 de 2008 y T-386 de 2013.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencias T-402 de 1992, T-426 de 1992, C-561 de 1992, C-587 de 1992, SU-111 de 1997, C-083 de 1999, C-1165 de 2000 y C-579 de 2013.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencias T-406 de 1992, C-449 de 1992, T-493 de 1992, T-102 de 1993, T-015 de 1995, C-579 de 1999 y C-1067 de 2002.

⁴² Corte Constitucional, sentencias T-188 de 1993, T-523 de 1997, C-139 de 1996, T-349 de 1996, T-652 de 1998, C-532 de 2005, T-1058 de 2008, T-129 de 2011, T-552 de 2003, T-661 de 2015 y T-766 de 2015.

⁴³ Corte Constitucional, sentencias T-401 de 1992, T-505 de 1992, T-532 de 1992, C-575 de 1992, T-542 de 1993, C-221 de 1994, T-477 de 1995, T-472 de 1996, T-465 de 1996, C-239 de 1997, T-153 de 1998, T-461 de 1998, T-556 de 1998, SU-062 de 1999, T-572 de 1999, T-618 de 2000, T-386 de 2002, C-695 de 2002, T-881 de 2002, T-025 de 2004, C-684 de 2005, T-792 de 2005, C-111 de 2006, C-397 de 2006, C-355 de 2006, C-075 de 2007, T-760 de 2008, C-793 de 2009, T-324 de 2011, T-388 de 2013, C-683 de 2015, SU-696 de 2015, T-762 de 2015 y SU-214 de 2016.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencias T-411 de 1992, T-380 de 1993, C-058 de 1994, T-349 de 1996, T-496 de 1996, SU-039 de 1997, T-652 de 1998, C-595 de 2010, C-632 de 2011, C-331 de 2012, T-080 de 2015, T-256 de 2015, T- C-699/15, 766 de 2015 y C-035 de 2016.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencias C-606 de 1992, T-102 de 1993, C-221 de 1994, C-350 de 1994, C-151 de 1995, T-669 de 1996, C-309 de 1997, C-251 de 2002, C-1158 de 2008, T-025 de 2015 y T-608 de 2015.

insatisfechas de salud, educación, saneamiento básico y agua potable, entre otras, en los planes y presupuestos de la nación y de las entidades territoriales⁴⁶.

La fórmula del Estado social de derecho exige así que los órganos estatales construyan y articulen una *realidad institucional* -fundada en una íntima relación de colaboración entre la esfera estatal y la social- que responda a los principios fundamentales de una organización social justa que permita dar solución a las necesidades básicas insatisfechas que deben ser atendidas de manera prioritaria, superando así la clásica concepción del ED, en la que el Estado no intervenía en procura de la atención de las necesidades sociales.

4.8. Precisamente la declaración según la cual Colombia es un ESD implica la vinculación jurídica de las autoridades a unos principios tendientes a lograr la igualdad material, la efectividad de los derechos y deberes de todos, particularmente, como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdad existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el modelo de ESD colombiano busca realizar la *justicia social, la dignidad humana y el bienestar general* mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional. En este sentido, las sentencias **T-426 de 1992**⁴⁷, **T-505 de 1992**⁴⁸, **SU-747 de 1998**⁴⁹ y **C-1064 de 2001**⁵⁰, respectivamente, han precisado el alcance de nuestra fórmula de Estado social derecho.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencias T-406 de 1992, T-426 de 1992, T-505 de 1992, C-151 de 1995, T-235 de 1997, C-636 de 2000, C-041 de 2003, T-441 de 2006, T-949 de 2006, T-647 de 2008 y C-221 de 2011, entre otras.

⁴⁷ “El Estado social de derecho hace relación a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección. Exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad”.

⁴⁸ “El Estado Social de Derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución económica e irradian todos los ámbitos de su regulación -propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y de gasto público”.

⁴⁹ “Con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales”.

⁵⁰ “A diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado Social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado Social de Derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional”.

Lo anteriormente reseñado significa que en la concepción del Estado colombiano, como consecuencia directa de la interpretación y desarrollo de la Carta de 1991, ha operado un cambio sustancial en diversas materias relacionadas, esencialmente, con la protección, garantía y efectividad de los derechos: lo que ha generado toda una *revolución de los derechos* encaminada hacia la construcción de un genuino ESD.

4.9. A continuación, se realizará una breve caracterización de algunos de los principios fundamentales que informan a todo el catálogo de derechos que conforma nuestro ESD y revisten especial importancia para el caso que en esta ocasión ocupa la atención de la Corte, en materia de igualdad -y justicia- material, justicia social, distributiva, autonomía de las entidades territoriales, pluralismo, diversidad étnica y cultural de la nación, dignidad humana, solidaridad, prevalencia del interés general y construcción del bienestar general.

En primera medida, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de estudiar la evolución del concepto de justicia formal a *material*, lo que comporta el reconocimiento que el derecho -y por ende, las instituciones- hacen de la existencia de situaciones de desigualdad natural, histórica, social o económica de diversos grupos, colectivos, comunidades, poblaciones y, en consecuencia, de la necesaria exigencia de un trato favorable -traducido en acciones afirmativas y recursos- para quienes se encuentran en situación de discriminación. En otras palabras, el concepto de igualdad material que inspira al ESD se manifiesta plenamente en *el mandato de protección especial a los más débiles*⁵¹.

4.10. Ahora bien, respecto de los principios de **justicia social y distributiva**⁵², la Corte ha señalado que en relación a la primera, la naturaleza social del Estado de derecho colombiano supone un papel activo de las autoridades y un compromiso permanente en la promoción de la justicia social y en la creación de condiciones generales de equidad a través de políticas públicas y planes de desarrollo incluyentes y efectivos. En efecto, la defensa de los valores supremos de la Carta Política obliga entonces al Estado a intervenir decisivamente, dentro del marco constitucional, para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales.

En relación con la justicia distributiva ha estimado que en la asignación de los recursos económicos de una sociedad se deberá tender a privilegiar a los sectores menos favorecidos y, que este principio, sirve de fundamento al diseño y ejecución de un régimen impositivo, a las reglas de elaboración presupuestal,

⁵¹ Corte Constitucional, sentencias T-499 de 1995, SU-747 de 1998, T-1083 de 2000, C-1064 de 2001 y C-932 de 2007.

⁵² Corte Constitucional, sentencias T-406 de 1992, T-505 de 1992, T-149 de 2002, C-776 de 2003, T-655 de 2008.

a la jerarquización del gasto y a la fijación de prioridades en materia de prestación de los servicios públicos. De hecho, uno de los fines esenciales de nuestro modelo de ESD es promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales, que, junto con el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la *Constitución Económica* e irradian todos los ámbitos de su regulación, por ejemplo, en materias como régimen impositivo, presupuestal, gasto público; explotación de recursos naturales y producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios.

4.11. Respecto de la **autonomía de las entidades territoriales**⁵³ ha indicado la Corte que, a parte del Estado, los entes territoriales juegan un papel fundamental en ofrecer acceso material al conjunto de derechos reconocidos en la Constitución y en la realización del ESD. El artículo 288 Superior establece que las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales deben ser ejercidas de acuerdo con los *principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad*.

El primero de ellos, estipula que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado (artículo 209), coordinación que debe darse, tanto entre entidades territoriales, como entre estas y la nación. Por su parte, el principio de concurrencia implica un proceso de participación entre la nación y las entidades territoriales, de modo que ellas intervengan en el diseño y desarrollo de políticas, programas y proyectos dirigidos a garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, dado que solo así será posible avanzar en la realización efectiva de principios constitucionales como la descentralización y la autonomía territorial. Por último, el principio de subsidiariedad establece que solo cuando la entidad territorial no pueda ejercer determinadas funciones en forma independiente, le está permitido apelar a la ayuda de niveles superiores -como el departamento o la nación- para que estos asuman, en principio temporalmente, el ejercicio de sus competencias hasta tanto se resuelva la situación que dio origen a la aplicación de estas medidas; esto, por supuesto, bajo el entendido que la autonomía reconocida a las entidades territoriales no es absoluta y admite limitaciones como las expuestas.

4.12. El **principio pluralista**⁵⁴ es otro de los valores materiales que informa a la fórmula del ESD que hace parte integral de la Constitución de 1991. En efecto, en el texto constitucional se consagra una integración de diversos valores, principios e ideologías, al tiempo que se protege la confluencia de diferentes razas, etnias, lenguas, sexos y creencias con el objetivo de establecer un marco normativo que permita la tolerancia y la convivencia pacífica. Dichas aspiraciones se ven reflejadas en los preceptos contenidos en el Preámbulo y en los artículos 1º (democracia participativa y pluralista), 5º (supremacía de los

⁵³ Corte Constitucional, sentencias C-478 de 1992, C-506 de 1995, C-373 de 1997, C-201 de 1998, C-1187 de 2000 y C-1151 de 2001.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencias T-444 de 1992, C-507 de 1997, T-444 de 2008, C-466 de 2008.

derechos inalienables de la persona), 13 (igualdad de derechos, libertades, oportunidades), 16 (libre desarrollo de la personalidad), 26 (libertad para escoger profesión u oficio), 27 (libertad de enseñanza), 67 (derecho a la educación), 70 (acceso a la cultura), 71 (libertad en la búsqueda del conocimiento) y 72 (protección del patrimonio cultural).

En el caso particular de las comunidades étnicas, ya sean afrocolombianas o indígenas, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la importancia del pluralismo en la configuración del ESD, en particular, teniendo en cuenta: (i) la diversidad de culturas e identidades étnicas que coexisten en Colombia, (ii) la necesidad de asegurarles un mismo trato y respeto, (iii) el hecho de que todas forman parte de la identidad general del país y, finalmente, (iv) que en ellas reposa el derecho a subsistir y permanecer en el territorio nacional en forma indefinida, bajo condiciones dignas y justas⁵⁵.

4.13. Ahora bien, respecto del reconocimiento constitucional del **principio de diversidad étnica y cultural de la nación**⁵⁶, la Corte ha entendido que responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto de características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. Valores como la tolerancia y el respeto por la diferencia, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que en su interior cada individuo es un sujeto único y singular que puede hacer posible su proyecto de vida. En este nuevo modelo, el Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente.

En este sentido, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos pluriétnicos y multiculturales. En esta tarea, le está prohibido a la organización estatal imponer una concepción del mundo y de desarrollo particular porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario a diferentes culturas que el mismo ha reconocido en la Constitución.

De igual forma, la Corte ha señalado que los derechos fundamentales de las comunidades étnicas se concretan, entre otros, en el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (artículo 11); el derecho a la integridad étnica, cultural y social, que a su vez se deriva no solo del mandato de protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (artículos 1º y 7º) sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición y desplazamiento forzado (artículo 12); el derecho a la propiedad colectiva de la tierra (artículos 58, 63 y 329); y, el derecho a participar y a ser consultados de

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencias C-208 de 2007, T-129 de 2011, C-196 de 2012, C-1051 de 2012.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencias T-188 de 1993, T-380 de 1993, C-058 de 1994, T-349 de 1996, T-496 de 1996, SU-039 de 1997, T-523 de 1997, T-652 de 1998, T-552 de 2003 y T-256 de 2015.

las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios, es decir, el derecho a una consulta previa, libre e informada.

4.14. En conjunto con la garantía del principio de diversidad étnica y cultural de la nación, esta Corporación también ha expresado que la **dignidad humana**⁵⁷ es un valor superior y un principio fundante del ESD conforme al cual todas las personas deben recibir el mismo trato acorde con su naturaleza humana y que más que un derecho en sí mismo, *es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad de todo el sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución*. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental de eficacia directa cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano. Esto quiere decir que el principio de dignidad humana debe entenderse: (i) como principio fundante del ordenamiento jurídico; (ii) como principio constitucional y (iii) como derecho fundamental autónomo.

Adicionalmente la Corte ha establecido que la Carta de 1991 es esencialmente humanista en la medida en que todo el sistema normativo ha sido construido para proteger la dignidad y la autonomía personal no en abstracto, sino desde una dimensión material y concreta: es por esto que el respeto de la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado.

De esta manera, en nuestro ESD la persona es el sujeto, la razón y el fin último del poder político y de todo el ordenamiento constitucional. La Carta no solo propende por la persona en un sentido formal sino que en su materialidad ontológica le agrega una cualidad indispensable: la dignidad. Se trata entonces de defender la vida pero también *una cierta calidad de vida*. En el término “dignidad” predicada de lo “humano”, está comprendida una calidad -o nivel- de vida, que es un criterio cualitativo. En ese orden de ideas, para nuestro constitucionalismo no basta simplemente que la persona exista, *es necesario que exista en un marco de condiciones materiales, culturales y espirituales que permitan vivir con dignidad*⁵⁸.

En este sentido, la Corte ha identificado en su jurisprudencia tres lineamientos claros y diferenciables sobre el principio de dignidad humana en tanto *centro axiológico* de nuestro ordenamiento constitucional, a saber: (i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan de vida y de autodeterminarse de acuerdo a las preferencias propias, esto es, *vivir como se quiera o se escoja*; (ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia, es decir, *vivir bien o en condiciones de bienestar*; y (iii) la dignidad humana entendida como

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencias T-401 de 1992, T-402 de 1992, T-499 de 1992, T-505 de 1992, C-575 de 1992, C-239 de 1997, T-572 de 1999, T-386 de 2002, T-881 de 2002, T-133 de 2006, C-355 de 2006, C-075 de 2007 y SU-696 de 2015.

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia C-575 de 1992.

intangibilidad de los bienes no patrimoniales, como la integridad física, moral, espiritual, lo que significa *vivir libre de cualquier clase de vejaciones*⁵⁹.

En síntesis, en la jurisprudencia constitucional la dignidad humana se ha tratado como una expresión de la autonomía individual, como manifestación de ciertas condiciones materiales de existencia, o como símbolo de la intangibilidad de la integridad física y moral. En ese contexto, la previsión constitucional conforme a la cual el Estado se encuentra fundado en el respeto de la dignidad humana impone a las autoridades públicas el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona, y entre los cuales se cuentan, la libertad, la autonomía, la integridad física, moral, espiritual y cultural, la exclusión de tratos degradantes, la intimidación personal y familiar así como ciertas condiciones materiales de existencia que el Estado social de derecho debe garantizar⁶⁰.

4.15. En estrecha relación con el principio de dignidad humana, la Corte también se ha referido al principio de **solidaridad**⁶¹ bajo el entendido que constituye uno de los postulados básicos del ESD colombiano. En términos generales ha señalado que la solidaridad es aquella comunidad de intereses, sentimientos y aspiraciones, de la cual emana, un acuerdo de mutua ayuda y una responsabilidad compartida para el cumplimiento de los fines propuestos: *la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas*.

El constituyente de 1991 instituyó la solidaridad como principio fundante de nuestro ESD, en igual medida al respeto de la dignidad humana, el trabajo y la prevalencia del interés general. La Corte ha indicado que la consagración del mencionado principio constituye una forma de cumplir los fines esenciales del Estado -para los cuales ha sido instituido- y asegurar el reconocimiento de los derechos de todos los miembros del conglomerado social. En cuanto a su contenido, esta Corporación lo ha definido como un deber, un impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo.

De igual forma se ha señalado que la solución de las necesidades básicas insatisfechas de importantes sectores de la sociedad colombiana -enmarcadas en una realidad de profundos desequilibrios sociales, territoriales y de carencia de recursos- es un compromiso de todos que atañe tanto al Estado como a la sociedad en su conjunto. De allí que la solidaridad se interprete como una suerte de columna vertebral para la articulación de voluntades en el propósito

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencias T-401 de 1992, T-505 de 1992, T-465 de 1996, SU-062 de 1999, T-881 de 2002 y SU-696 de 2015.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencias T-596 de 1992, T-124 de 1993, C-221 de 1994, C-239 de 1997, T-386 de 2002, C-355 de 2006, C-684 de 2005, T-792 de 2005 y C-075 de 2007.

⁶¹ Corte Constitucional, sentencias T-550 de 1994, C-239 de 1997, T-209 de 1999, T-434 de 2002, C-188 de 2006.

común de la construcción de la convivencia pacífica, la equidad, el desarrollo socioeconómico y el bienestar general de la población.

4.16. En cuanto al **principio de prevalencia del interés general**⁶² se ha entendido, por regla general, que permite preferir la consecución de objetivos comunes -en el marco del principio de solidaridad- sobre intereses particulares, siempre y cuando el interés particular no se encuentre amparado por un derecho fundamental. En efecto, de manera reiterada la Corte ha señalado que este principio no implica *per se* que deban preferirse los intereses de la mayoría y el bienestar colectivo, o que en virtud del mismo, se privilegie la consecución de objetivos comunes sobre intereses particulares, puesto que este último obra como límite del interés general cuando está vinculado a un derecho fundamental. En ese sentido debe entenderse que el respeto de los derechos fundamentales es un componente que también integra el complejo concepto de interés general⁶³.

Así las cosas, la Corte ha reiterado una interpretación de este principio según la cual es claro que la simple invocación del interés general o de la necesidad de asegurar la convivencia pacífica, el desarrollo económico o el orden público, no representa un argumento que justifique, por sí mismo, la limitación y restricción de uno o varios derechos fundamentales. En suma, se ha señalado que en el estudio de cada caso en concreto deben armonizarse y ponderarse los principios constitucionales en tensión para así resolver el asunto en cuestión.

4.17. Por último, respecto del concepto de **bienestar general**⁶⁴, según el cual corresponde al poder público garantizar la satisfacción de las demandas sociales en relación con una amplia gama de necesidades básicas colectivas - que ha venido tomando forma desde comienzos del siglo XX y es directa consecuencia del modelo del “Estado de Bienestar” europeo-, la Corte ha señalado que constituye una de las *finalidades sociales del Estado* junto con el mejoramiento de la calidad de vida de la población y la satisfacción de las necesidades más básicas en materia de salud, trabajo, educación, alimentación, seguridad, saneamiento ambiental y agua potable -y, en general, de una adecuada infraestructura que permita el suministro continuo y eficiente de los servicios públicos-, por lo que hace exigible a la nación y las entidades territoriales diseñar e incluir la atención especial de estas necesidades dentro de sus planes y presupuestos, que además, deben recibir prioridad sobre cualquier

⁶² Corte Constitucional, sentencias C-309 de 1997, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-251 de 2002, C-115 de 2008, T-025 de 2015 y T-608 de 2015, entre otras.

⁶³ A este respecto, en la sentencia **C-606 de 1992** la Corte puntualizó que: “no basta con que se argumente la necesidad de proteger el interés general para restringir el ejercicio de un derecho. El interés general es un concepto vago e impreciso que requiere de una determinación concreta, probada y razonable. Si esto no fuera así, quedaría en manos del poder público limitar el alcance de los derechos fundamentales mediante una reglamentación tal que la regla general de libertad se convierta, de hecho, en la excepción. (...) En el texto constitucional colombiano, el interés general, definido por el legislador se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental. En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto dejan de ser derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del concepto de interés general”.

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencias C-201 de 1998, C-557 de 2000, C-040 de 2004 y C-924 de 2007.

otra asignación en tanto hacen parte de lo que se ha denominado *gasto público social*⁶⁵.

Igualmente, se ha señalado que es exigible al Estado -tanto a nivel nación como entidades territoriales- una priorización en la financiación de políticas, planes y proyectos que contribuyan a la realización de los fines sociales del Estado:

“Dicha legitimidad [de los mecanismos de cofinanciación nación-entes territoriales] encuentra sustento en los mandatos del Constituyente consagrados en los artículos 366 y 288 de la Carta Política, pues el primero establece como fines esenciales del Estado el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, especialmente en aspectos relacionados con salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, para lo cual habilita a la Nación y a las entidades territoriales a incluir en sus planes y presupuestos las asignaciones requeridas, las cuales, además, en cuanto constituyen gasto público social, tendrán prioridad sobre cualquier otra asignación.

(...) El carácter unitario que el Constituyente le dio al Estado y la vigencia en el mismo de principios como el de la solidaridad y la participación comunitaria, justifican la concurrencia de la Nación y de las entidades territoriales en el diseño y desarrollo de programas y proyectos dirigidos a garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, pues sólo así será posible avanzar en la realización efectiva de principios también de rango constitucional, como por ejemplo el de descentralización y autonomía territorial.”⁶⁶

En síntesis, ha interpretado la Corte que el modelo de ESD colombiano busca realizar la justicia social, la dignidad humana y el bienestar general mediante la sujeción de las autoridades públicas -en todos los niveles- a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional. En este sentido, el concepto de *bienestar general* resulta especialmente importante puesto que en su dimensionamiento reposa la clave de la implementación contemporánea de lo que significa la satisfacción de las necesidades más básicas de los ciudadanos, el mejoramiento de la calidad de vida y la noción de ciudadanía plena en derechos.

4.18. Precisamente, el Premio Nobel de economía Angus Deaton, al referirse a los orígenes de la desigualdad y a la construcción moderna del concepto de

⁶⁵ En este sentido, la Corte, en sentencia **C-040 de 2004**, indicó lo siguiente: “El modelo de Estado diseñado por la Constitución vigente, incluye como presupuesto de la actividad estatal la búsqueda y obtención de la prosperidad general y la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. En este sentido nuestro Estado social de derecho busca lograr la orientación de la política administrativa hacia la satisfacción de las necesidades básicas de la población, con miras a lograr la efectividad de los derechos, tendencia que no es casual y que no aparece inusitadamente en nuestro Derecho Constitucional a partir de la Carta de 1991, sino que responde a una larga historia de transformaciones institucionales ocurridas no sólo en nuestro orden jurídico fundamental, sino también en el de las principales democracias constitucionales del mundo. (...) En estas condiciones el Estado colombiano debe ser no sólo un verdadero promotor de la dinámica colectiva sino además el responsable del acceso de todos los ciudadanos a las condiciones mínimas de vida que garantizan el respeto de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, por ello no es gratuito que el Constituyente haya prescrito en el artículo 366 de la Carta que “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado”.

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-366 de 2000.

bienestar, como una de las formas más contundentes de superación de la pobreza, ha indicado que el objetivo principal del bienestar general en el siglo XX ha consistido en permitir un escape, tal vez el más grande en la historia de la humanidad, el “*escape de la pobreza y de la muerte*”⁶⁷. En donde se entiende que el bienestar -en su acepción más sencilla- representa todas las cosas buenas que le pueden suceder a una persona en su vida y que hacen que su vida sea digna: esto significa que el concepto de bienestar general debe comprender, a su vez, el *bienestar material*, entendido como calidad de vida -en términos de buena alimentación, educación y seguridad-, e ingreso digno, basado en la garantía de un trabajo estable; mientras que el *bienestar físico, psicológico y espiritual* está representado por el acceso a la salud, a la cultura, al disfrute del medio ambiente y la legítima aspiración a la felicidad; y en todo caso, a la capacidad -y también a la posibilidad- de participar en la sociedad civil a través de las instituciones democráticas y el imperio de la ley. En consecuencia, este será el estándar de protección teleológico que la Sala tomará como referencia y desarrollará en su argumentación en la presente providencia.

4.19. Así las cosas, se tiene que el modelo de ESD desarrollado por la Corte Constitucional en estos 25 años se ha caracterizado por garantizar, en términos generales y de acuerdo a las posibilidades del Estado, un amplio catálogo de derechos fundamentales bajo los principios fundantes de la *justicia social, la dignidad humana y el bienestar general*. Tres conceptos que son centrales en nuestro constitucionalismo en la medida en que constituyen el punto de partida para erradicar lo que la jurisprudencia ha denominado las injusticias presentes.

4.20. Esta implementación del profuso catálogo de derechos de la Carta Política, que constituye -como ya se ha advertido- una *caja de herramientas constitucional*, ha permitido que los derechos se ejerzan con algún grado de eficacia instrumental y que cualquier colombiano, sin importar su condición, pueda contar con un recurso idóneo y efectivo para enfrentar a una sociedad altamente desigual, fragmentada en su organización gubernamental y territorial, y con notables carencias en materia de satisfacción de las necesidades más básicas de sus ciudadanos. En este sentido, es importante destacar que no basta solo con la consagración y enunciación de los derechos para que estos tengan eficacia -como ha sostenido Norberto Bobbio⁶⁸, además es necesario, como también ha señalado el profesor Mauricio García Villegas, “*reducir la brecha que existe entre los ideales normativos y las realidades sociales*”⁶⁹ para que los derechos fundamentales y humanos puedan ser garantizados en la práctica (eficacia instrumental).

⁶⁷ DEATON, Angus. “*El Gran Escape*”, Salud, riqueza y los orígenes de la desigualdad, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2015. En sentido similar se puede consultar la obra de SEN, Amartya. “*Development as Freedom*”, Knopf, Nueva York, 1999.

⁶⁸ En este sentido, el profesor Bobbio ha puntualizado lo siguiente: “*Sin embargo, el dilema que se presenta en relación a los derechos fundamentales y los derechos humanos en general, no es tanto en el plano filosófico como en el plano jurídico, es decir, cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados*”. Bobbio, Norberto. “*El tiempo de los derechos*”, 1991, p. 64.

⁶⁹ García Villegas, Mauricio. “*La eficacia simbólica del derecho*”, IEPRI, Universidad Nacional de Colombia, 2014.

4.21. De esta manera, en materia jurisprudencial puede concluirse que el objetivo principal del ESD colombiano es, precisamente, la garantía de unas condiciones mínimas -o puntos de partida esenciales- que permitan el desarrollo de una vida digna, plena en el ejercicio de derechos y en condiciones de bienestar para todos los colombianos -como ya se refirió antes en este mismo acápite-, representado en la protección y defensa de los principios, obligaciones y mandatos fundamentales de la Constitución de 1991, y es justamente dentro de este marco constitucional, que el caso de las comunidades étnicas del Chocó sometido a consideración de la Corte en esta ocasión, representa uno de los desafíos más grandes para el juez constitucional frente a lo que ha sido la adopción o no de medidas estructurales por parte del Estado colombiano en la construcción de un genuino ESD, que la Sala examinará en detalle en el cuerpo de esta providencia.

5. La relevancia constitucional de la protección de los ríos, los bosques, las fuentes de alimento, el medio ambiente y la biodiversidad. Contexto general.

De forma preliminar debe señalarse que en concordancia con lo expuesto en el primer capítulo de esta sentencia, en el que se estableció el marco general teórico-constitucional sobre el que está construido nuestro ESD -en términos de sus obligaciones y mandatos-, en este segundo capítulo se abordará su desarrollo, de forma concreta, respecto de la relevancia constitucional que tiene la *protección de los ríos, los bosques, las fuentes de alimento, el medio ambiente y la biodiversidad*. Con este propósito, en este acápite se realizarán algunas consideraciones sobre: (i) la riqueza natural y cultural de la nación; (ii) la Constitución Ecológica y la biodiversidad; (iii) el concepto y alcance los derechos bioculturales; (iv) la protección especial de los ríos, los bosques, las fuentes de alimento, el medio ambiente y la biodiversidad, en concreto respecto del derecho fundamental al agua, la protección de la naturaleza y la seguridad alimentaria.

Consideraciones preliminares sobre la riqueza natural y cultural de la nación.

5.1. Una de las principales preocupaciones del Constituyente de 1991 al construir la fórmula del ESD estuvo centrada en la forma más adecuada, moderna y eficiente de proteger el medio ambiente -entendido de manera integral⁷⁰-, y a un mismo tiempo, la necesidad de garantizar un modelo sostenible de desarrollo, hecho que se tradujo en la consagración en el texto constitucional de una serie de principios, derechos y deberes, inmersos por supuesto dentro de la noción del ESD que, a la vez que buscan alcanzar los fines mencionados, permiten al ser humano -fundamento de toda construcción

⁷⁰ Este concepto comprende: el agua y sus fuentes naturales como los océanos, los ríos, las lagunas, los humedales y las ciénagas; los bosques, el suelo, las fuentes de alimento, las especies animales, sus ecosistemas y la atmósfera. En resumen, lo que entendemos como biodiversidad.

constitucional desde los orígenes del constitucionalismo moderno-, vivir e interactuar dentro de un medio ambiente sano que le permita desarrollar su existencia en condiciones dignas, sin que este último esté amenazado por la actividad extractiva estatal. En palabras más simples: *la defensa del medio ambiente no solo constituye un objetivo primordial dentro de la estructura de nuestro ESD sino que integra, de forma esencial, el espíritu que informa a toda la Constitución Política*⁷¹.

5.2. En este orden de ideas, en relación con la riqueza natural y cultural de la nación -que están íntimamente ligadas-, el artículo 8º de la Carta Política establece como obligación fundamental del Estado y de la sociedad velar por el cuidado de nuestras riquezas naturales y culturales. Adicionalmente, en el capítulo de derechos colectivos (artículos 79 y 80) y obligaciones específicas (artículo 95-8), se establecen los parámetros generales que orientan la relación entre el ser humano y su entorno vital: *natural, ambiental y biodiverso*. En este sentido, como consecuencia de las atribuciones consagradas en cabeza del Estado, de la sociedad y de los particulares en los artículos arriba reseñados, se establece la obligación de proteger el medio ambiente con el fin de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, procurando su **conservación, restauración y desarrollo sostenible**.

De esta forma, la disposición y explotación de los recursos naturales no puede traducirse en perjuicio del bienestar individual o colectivo, ni tampoco puede conducir a un daño o deterioro que atente contra la biodiversidad y la integridad del medio ambiente, entendido como un todo. Por ello, el desarrollo sostenible, la conservación, restauración y compensación ambiental, hacen parte de las garantías constitucionales para que el bienestar general y las actividades productivas y económicas del ser humano se realicen en armonía y no con el sacrificio o en perjuicio de la naturaleza. A este respecto, para la Corte, el **medio ambiente** desde un punto de vista constitucional:

*“(…) involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural, temas, que entre otros, han sido reconocidos ampliamente por nuestra Constitución Política en muchas normas que establecen claros mecanismos para proteger este derecho y exhortan a las autoridades a diseñar estrategias para su garantía y su desarrollo. En efecto, la protección del medio ambiente ha adquirido en nuestra Constitución un carácter de objetivo social, que al estar relacionado adicionalmente con la prestación eficiente de los servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales como garantía de la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, ha sido entendido como una prioridad dentro de los fines del Estado y como un reconocimiento al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos” (Artículo 366 C.P.)*⁷² (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

⁷¹ Corte Constitucional, sentencias T-411 de 1992 y T-046 de 1999.

⁷² Corte Constitucional, sentencia T-254 de 1993.

En virtud de lo anterior, y con fundamento en los distintos principios, valores, deberes y obligaciones que la Constitución contempla en materia de protección de la riqueza natural y cultural de la nación, la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha desarrollado una interpretación sistémica basada en los postulados que la Carta Política consagra en materia ecológica, ambiental, y cultural. Por una parte, a esta construcción se le ha llamado “Constitución ecológica, verde o ambiental”, y de otra, la “Constitución Cultural”⁷³, que se desarrollará más adelante en el acápite dedicado al derecho a la supervivencia física, cultural y espiritual de las comunidades étnicas. Es en este contexto que la relevancia constitucional de la protección de los ríos, los bosques, las fuentes de alimento, el medio ambiente y la biodiversidad, en tanto hacen parte de la riqueza natural y cultural de la nación, encuentran pleno sentido en la Constitución Ecológica.

Constitución Ecológica y Biodiversidad.

5.3. La Carta Política de 1991, en sintonía con las principales preocupaciones internacionales en materia de protección del ambiente y la biodiversidad, ha reconocido que el derecho fundamental al medio ambiente sano tiene el carácter de *interés superior*, y de esta forma, lo ha desarrollado ampliamente a través de un importante catálogo de disposiciones -cerca de 30 en total- que consagran una serie de principios, mandatos y obligaciones enfocados en una doble dimensión dirigida a: (i) proteger de forma integral el medio ambiente y (ii) garantizar un modelo de desarrollo sostenible, sobre los que se ha edificado el concepto de “Constitución Ecológica”⁷⁴.

⁷³ Corte Constitucional, sentencias T-411 de 1992, C-671 de 2001, C-760 de 2007, C-595 de 2010, T-129 de 2011, C-632 de 2011, T-080 de 2015, C-449 de 2015, C-123 de 2014 y C-035 de 2016.

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia T-411 de 1992: “(...) de una lectura sistemática, axiológica y finalista surge el concepto de Constitución Ecológica, conformado por las siguientes 34 disposiciones: || *Predmbulo (vida)*, 2° (*finés esenciales del Estado: proteger la vida*), 8° (*obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación*), 11 (*inviolabilidad del derecho a la vida*), 44 (*derechos fundamentales de los niños*), 49 (*atención de la salud y del saneamiento ambiental*), 58 (*función ecológica de la propiedad*), 66 (*créditos agropecuarios por calamidad ambiental*), 67 (*la educación para la protección del ambiente*), 78 (*regulación de la producción y comercialización de bienes y servicios*), 79 (*derecho a un ambiente sano y participación en las decisiones ambientales*), 80 (*planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales*), 81 (*prohibición de armas químicas, biológicas y nucleares*), 82 (*deber de proteger los recursos culturales y naturales del país*), 215 (*emergencia por perturbación o amenaza del orden ecológico*), 226 (*internacionalización de las relaciones ecológicas*), 268-7 (*fiscalización de los recursos naturales y del ambiente*), 277-4 (*defensa del ambiente como función del Procurador*), 282-5 (*el Defensor del Pueblo y las acciones populares como mecanismo de protección del ambiente*), 289 (*programas de cooperación e integración en zonas fronterizas para la preservación del ambiente*), 300-2 (*Asambleas Departamentales y medio ambiente*), 301 (*gestión administrativa y fiscal de los departamentos atendiendo a recursos naturales y a circunstancias ecológicas*), 310 (*control de densidad en San Andrés y Providencia con el fin de preservar el ambiente y los recursos naturales*), 313-9 (*Concejos Municipales y patrimonio ecológico*), 317 y 294 (*contribución de valorización para conservación del ambiente y los recursos naturales*), 330-5 (*Concejos de los territorios indígenas y preservación de los recursos naturales*), 331 (*Corporación del Río Grande de la Magdalena y preservación del ambiente*), 332 (*dominio del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables*), 333 (*limitaciones a la libertad económica por razones del medio ambiente*), 334 (*intervención estatal para la preservación de los recursos naturales y de un ambiente sano*), 339 (*política ambiental en el plan nacional de desarrollo*), 340 (*representación de los sectores ecológicos en el Consejo Nacional de Planeación*), 366 (*solución de necesidades del saneamiento ambiental y de agua potable como finalidad del Estado*)”. En el mismo sentido, ver las sentencias C-671 de 2001, C-595 de 2010, C-632 de 2011 y C-123 de 2014.

Ahora bien, el concepto de *Constitución Ecológica* recoge algunos de los más importantes desarrollos legales para la protección del medio ambiente que se han dado en el marco del derecho internacional en las últimas décadas, principalmente, desde que se celebró la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano en Estocolmo (1972). A partir de ese momento, el influjo que el derecho internacional ha tenido sobre las constituciones nacionales en materia medio ambiental es patente y se ha concretado, según recientes estimaciones, en el reconocimiento expreso del derecho a un ambiente sano por parte de 76 naciones, y su consagración constitucional en al menos 120 constituciones en las que se protege un amplio rango de factores que componen la naturaleza y la biodiversidad como el agua, el aire, la tierra, la fauna, la flora, los ecosistemas, el suelo, el subsuelo y la energía, entre otros⁷⁵.

Así las cosas, en nuestro constitucionalismo -que sigue las tendencias globales en la materia-, **el medio ambiente y la biodiversidad** han adquirido progresivamente valiosas connotaciones socio-jurídicas. Sin embargo, no ha sido un proceso fácil: la evolución conceptual del derecho a la par del reconocimiento de la importancia de la “madre tierra” y sus múltiples componentes frente a la estrategia del desarrollo sostenible han sido producto de un proceso complejo y difícil que aún genera controversia al intentar conciliar a un mismo tiempo tres elementos: el crecimiento económico, el bienestar social y la protección del medio ambiente en el entendido que esta conjugación permita la posibilidad de aprovechamiento sostenible de los recursos en el presente y en el futuro.

En este contexto, hay que recordar que Colombia ha sido reconocida por la comunidad internacional como un país “*megabiodiverso*”, al constituir fuente de riquezas naturales invaluable en el planeta, que amerita una protección especial bajo una corresponsabilidad universal. Por supuesto, esta consideración no ha sido gratuita, tal y como lo afirma el Instituto de Biología de la Universidad de Antioquia en su intervención ante la Corte, en la que señala que:

“Colombia, en sus bosques, páramos, humedales, zonas secas y muchos otros ecosistemas, cuenta con miles de especies de plantas y animales -incluso con muchas más aún en proceso de descubrimiento e investigación-, además de una casi desconocida variedad de microorganismos. Muchas de estas especies y algunos ecosistemas presentes en Colombia son exclusivos, es decir, endémicos, por lo cual si ellos desaparecen de nuestro territorio desaparecerán de la faz de la tierra. Es por esto que el país tiene una gran responsabilidad de proteger estos ecosistemas únicos, además de ayudar en la conservación de toda la biodiversidad en general.

La conservación de la biodiversidad no se basa únicamente en la protección de especies y ecosistemas por su valor intrínseco: la supervivencia de las comunidades humanas está indudablemente ligada a la integridad de su medio ambiente. La mayoría de los bienes de aprovisionamiento que usamos (agua, alimentos, medicinas, combustibles, materiales de construcción, etc.) provienen directamente de o necesitan

⁷⁵ Daly, Erin; May, James. “*Global Environmental Constitutionalism: A rights-based primer for effective strategies*”, Widener University, Delaware Law School Legal Studies, Research Paper Series no. 16-12, 2016. Pág. 5.

*de ecosistemas en buen funcionamiento. Además, recibimos muchos otros beneficios indirectos de la biodiversidad, como regulación de ciclos hídricos, del carbono, del clima y servicios culturales”.*⁷⁶ (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

5.4. En efecto, teniendo en cuenta que el medio ambiente y su biodiversidad hacen parte del entorno vital del hombre y que resulta indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, nuestra Carta Política, de manera acertada ha reconocido la importancia de dicho bien y, en consecuencia, se ha ocupado -desde temprana jurisprudencia- de fijar los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones del Estado y la sociedad con la naturaleza, partiendo de mandatos específicos de conservación y protección del ambiente⁷⁷. Dichos presupuestos y mandatos conforman lo que la Corte ha llamado la Constitución Ecológica, definición que, por demás, está muy lejos de ser una simple declaración retórica en la medida en que comprende un preciso contenido normativo integrado por principios, derechos fundamentales y obligaciones a cargo del Estado.

5.5. En este sentido, ha advertido esta Corporación que **la defensa del medio ambiente sano constituye un objetivo fundamental** dentro de la actual estructura del ESD colombiano. Representa simultáneamente un bien jurídico constitucional que reviste una triple dimensión, toda vez que es un *principio* que irradia todo el orden jurídico correspondiendo al Estado proteger las riquezas naturales de la nación (artículos 1º, 2º, 8º y 366 superiores); es un *derecho constitucional fundamental y colectivo* exigible por todas las personas a través de diversas acciones judiciales (artículos 86 y 88)⁷⁸; y es una *obligación* en cabeza

⁷⁶ Intervención del Instituto de Biología de la Universidad de Antioquia dentro del proceso de la referencia. Folios 1791 y ss. del Cuaderno de pruebas Núm. 4.

⁷⁷ En este sentido, la sentencia C-632 de 2011 ha precisado lo siguiente: “Con respecto a ese conjunto de normas que conforman la llamada “*constitución ecológica*”, la jurisprudencia ha destacado el contenido de los artículos 8º, 49, 79 y 80, por considerar que en ellos se condensan los aspectos de mayor relevancia en materia ambiental, los cuales a su vez se proyectan sobre las demás disposiciones que tratan la materia. Así, en relación las citadas normas, se encuentra lo siguiente:

- En el artículo 8º, se le impone al Estado y a las personas la obligación general de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.

- En el artículo 49, se reconoce el saneamiento ambiental como un servicio público a cargo del Estado.

- En el artículo 79, se consagra (i) el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano; (ii) se le atribuye a la ley el deber de garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo; y (iii) se radica en cabeza del Estado el deber de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro efectivo de estos fines (C.P. art. 79).

- Y en el artículo 80, se le encarga al Estado (i) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; (ii) se le asigna la obligación de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados y, finalmente, (iii) se le impone el deber de cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas en las zonas fronterizas.”

⁷⁸ Respecto del carácter de derecho colectivo y fundamental por conexidad que tiene el medio ambiente sano, la Corte en sentencia C-632 de 2011, precisó: “En su reconocimiento general como derecho, la Constitución clasifica el medio ambiente dentro del grupo de los llamados **derechos colectivos** (C.P. art. 79), los cuales son objeto de protección judicial directa por vía de las acciones populares (C.P. art. 88). La ubicación del medio ambiente en esa categoría de derechos, lo ha dicho la Corte, resulta particularmente importante, “ya que los derechos colectivos y del ambiente no sólo se le deben a toda la humanidad, en cuanto son protegidos por el interés universal, y por ello están encuadrados dentro de los llamados derechos humanos de ‘tercera generación’, sino que se le deben incluso a las generaciones que están por nacer”, toda vez que “[l]a humanidad del futuro tiene derecho a que se le conserve, el planeta desde hoy, en un ambiente adecuado a la dignidad del hombre como sujeto universal del derecho”.

de las autoridades, la sociedad y los particulares, al implicar deberes calificados de protección (artículos 8º, 79, 95 y 333). Además, la Constitución contempla el “saneamiento ambiental” como servicio público y propósito fundamental de la actividad estatal (artículos 49 y 366)⁷⁹.

De este modo, la Constitución y la jurisprudencia constitucional, en armonía con los instrumentos internacionales, se han decantado en favor de la defensa del medio ambiente y de la biodiversidad, en beneficio de las generaciones presentes y futuras, consagrando una serie de principios y medidas dirigidos a la protección y preservación de tales bienes jurídicos, objetivos que deben lograrse no solo mediante acciones concretas del Estado, sino con la participación de los individuos, la sociedad y los demás sectores sociales y económicos del país. En ese sentido, reconoce la Carta, por una parte, la protección del medio ambiente como un derecho constitucional, ligado íntimamente con la vida, la salud y la integridad física, espiritual y cultural; y por la otra, como un deber, por cuanto exige de las autoridades y de los particulares acciones dirigidas a su protección y garantía.

5.6. Ahora bien, las múltiples disposiciones normativas que existen y el enfoque pluralista que promueve la propia Carta Política, hacen que la relación entre la Constitución y el medio ambiente sea dinámica y en permanente evolución. En este sentido, es posible establecer al menos tres aproximaciones teóricas que explican el interés superior de la naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano y la protección especial que se le otorga: (i) en primer lugar, se parte de una *visión antropocéntrica*⁸⁰ que concibe al ser humano presente como única razón de ser del sistema legal y a los recursos naturales como simples objetos al servicio del primero, (ii) un segundo punto de vista *biocéntrico*⁸¹ reivindica concepciones más globales y solidarias de la responsabilidad humana, que abogan -en igual medida- por los deberes del hombre con la naturaleza y las

Ahora bien, aun cuando el reconocimiento que le hace el ordenamiento constitucional es el de un derecho colectivo (C.P. art. 88), dados los efectos perturbadores y el riesgo que enfrenta el medio ambiente, “que ocasionan daños irreparables e inciden nefastamente en la existencia de la humanidad”, la Corte ha sostenido que el mismo tiene también el carácter de derecho fundamental por conexidad, “al resultar ligado indefectiblemente con los derechos individuales a la vida y a la salud de las personas”. La relación entre el derecho a un ambiente sano y los derechos a la vida y a la salud, fue claramente explicada por la Corte en una de sus primeras decisiones, la Sentencia T-092 de 1993, en la que hizo las siguientes precisiones:

“El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental”. En igual sentido ver sentencias T-092 de 1993, C-401 de 1995, C-432 de 2000, C-671 de 2001, C-293 de 2002, C-339 de 2002, C-486 de 2009, C-595 de 2010, entre otras.

⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia C-449 de 2015.

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia T-411 de 1992. Este caso se debió al manejo de los desechos de materias primas (cascarilla de arroz abandonada y luego quemada), produciendo grandes cantidades de ceniza y problemas respiratorios en los habitantes de los lugares aledaños al Molino. El Alcalde de Granada ordenó el sellamiento, sin embargo, durante el trámite de la tutela dispuso la reapertura bajo la advertencia de volverlo a cerrar. El actor insiste que se abstenga de disponer el sellamiento del Molino debido a la cantidad de perjuicios que esta medida genera a la empresa.

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia C-339 de 2002. En este asunto se examinó la constitucionalidad de los artículos 3º parcial, 4º, 18 parcial, 34, 35 parcial literales a) y c) y 36 parcial de la Ley 685 de 2001, “Código de Minas”.

generaciones venideras; (iii) finalmente, se han formulado *posturas ecocéntricas*⁸² que conciben a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos y que respaldan cosmovisiones plurales y alternativas a los planteamientos recientemente expuestos⁸³.

5.7. De acuerdo a las anteriores interpretaciones, se tiene que respecto del **enfoque antropocéntrico**, al ser el más extendido en occidente⁸⁴, responde a una antigua tradición filosófica y económica -que va desde los teóricos naturalistas como Smith y Ricardo hasta los pragmáticos neoliberales como Stiegler y Friedman- que ha concebido al hombre como el único ser racional, digno y completo del planeta. Desde este punto de vista, lo único que importa es la supervivencia del ser humano y solo en esta medida debe protegerse el medio ambiente, aún cuando admite la posibilidad de la explotación controlada de recursos naturales para promover el desarrollo estatal.

5.8. Por su parte, la **visión biocéntrica** deriva en un primer momento de una concepción antropocéntrica en tanto estima que la naturaleza debe protegerse únicamente para evitar la producción de una catástrofe que extinga al ser humano y destruya al planeta. Bajo esta interpretación la naturaleza no es sujeto de derechos, sino simplemente un objeto a disposición del hombre. Sin embargo, se diferencia del enfoque puramente antropocéntrico en la medida en que considera que el patrimonio ambiental de un país no pertenece en exclusiva a las personas que habitan en él, *sino también a las futuras generaciones y a la humanidad en general*. De tal manera que lo que ocurra con el ambiente y los recursos naturales en China puede terminar afectando a otras naciones, como a los Estados Unidos y a América Latina, como África y a Oceanía, lo que constituye una suerte de solidaridad global que, dicho sea de paso, encuentra fundamento en el concepto de desarrollo sostenible⁸⁵.

5.9. Finalmente, el **enfoque ecocéntrico** parte de una premisa básica según la cual la tierra no pertenece al hombre y, por el contrario, asume que el hombre es quien pertenece a la tierra, como cualquier otra especie⁸⁶. De acuerdo con esta interpretación, la especie humana es solo un evento más dentro de una larga cadena evolutiva que ha perdurado por miles de millones de años y por tanto de ninguna manera es la dueña de las demás especies, de la biodiversidad ni de los recursos naturales como tampoco del destino del planeta. En consecuencia, esta teoría concibe a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos que deben ser reconocidos por los Estados y ejercidos bajo la tutela de sus representantes

⁸² Corte Constitucional, sentencia C-595 de 2010. Esta providencia estudió si el párrafo del artículo 1º y el párrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1333 de 2009 vulneraban el principio de presunción de inocencia, al presumir la culpa o el dolo del infractor e invertir la carga de la prueba en el campo del derecho administrativo sancionador ambiental. En el mismo sentido se puede consultar la sentencia C-632 de 2011.

⁸³ Corte Constitucional, sentencias T-080 de 2015 y C-449 de 2015.

⁸⁴ Son ejemplos de este enfoque, la Declaración de Estocolmo (1972) y la Declaración de Río (1992).

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencias C-519 de 1994, C-595 de 2010, C-703 de 2010, C-632 de 2011 y C-449 de 2015, entre otras.

⁸⁶ Es precisamente bajo este marco teórico que se ha desarrollado el concepto de los derechos bioculturales (*biocultural rights*), de los que se hablará más adelante. Es un intento de conciliación en la relación especial que tienen los pueblos indígenas, tribales y de otras colectividades étnicas con el cuidado especial o *stewardship* de la naturaleza y sus recursos.

legales, verbigracia, por las comunidades que la habitan o que tienen una especial relación con ella.

Este enfoque en particular, al igual que los anteriores, encuentra pleno fundamento en la Constitución Política de 1991, en particular, en la fórmula del ESD (artículo 1º superior) en tanto define a Colombia como una República democrática, participativa y pluralista, y, por supuesto, en el mandato constitucional de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación (artículos 7º y 8º). Respecto de este último enfoque la Corte ha señalado en la reciente sentencia **C-449 de 2015** que la *perspectiva ecocéntrica* puede constatarse en algunas decisiones de esta Corporación; por ejemplo, la sentencia C-595 de 2010 anota que la Constitución muestra igualmente la relevancia que toma el medio ambiente como bien a proteger por sí mismo y su relación estrecha con los seres que habitan la tierra. En igual sentido, la sentencia C-632 de 2011 expuso que:

*“en la actualidad, **la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados**. En este sentido, la compensación ecosistémica comporta un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza’. Postura que principalmente ha encontrado justificación en los saberes ancestrales en orden al principio de diversidad étnica y cultural de la Nación (art. 7º Superior)”⁸⁷.*
(Subrayado y negrilla fuera de texto original)

En el mismo sentido, la sentencia **T-080 de 2015**, indicó que en esta línea, *“la jurisprudencia constitucional ha atendido los saberes ancestrales y las corrientes alternas de pensamiento, llegando a sostener que **‘la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados’**”⁸⁸.*

5.10. En este orden de ideas, el desafío más grande que tiene el constitucionalismo contemporáneo en materia ambiental, consiste en lograr la salvaguarda y protección efectiva de la naturaleza, las culturas y formas de vida

⁸⁷ Conforme a lo anterior, la sentencia en comento señala que *“es admisible sostener por la Corte que los enfoques heterogéneos de protección al medio ambiente encuentran respaldo en las disposiciones de la Carta de 1991. El paradigma a que nos aboca la denominada ‘Constitución Ecológica’, por corresponder a un instrumento dinámico y abierto, soportado en un sistema de evidencias y de representaciones colectivas, implica para la sociedad contemporánea tomar en serio los ecosistemas y las comunidades naturales, avanzando hacia un enfoque jurídico que se muestre más comprometido con ellos, como bienes que resultan por sí mismos objeto de garantía y protección.”* Adicionalmente, se puede decir que las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) han adoptado este enfoque de protección del medio ambiente. De igual forma, recientemente el gobierno de Nueva Zelanda reconoció como sujeto de derechos al río Whanganui.

⁸⁸ De acuerdo con la sentencia T-080 de 2015, *“adicionalmente, la Corte Constitucional ha venido construyendo una sólida doctrina con respecto a la defensa del pluralismo y autodeterminación cultural de los pueblos, advirtiendo los riesgos conexos a ‘la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión)’. Sobre todo cuando el conflicto gira en torno a la tierra -la que tiene una protección colectiva y reforzada en la Carta Política de 1991- en atención al lugar especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos tribales reviste su relación con el territorio.* En el mismo sentido consultar la sentencia C-123 de 2014.

asociadas a ella y la biodiversidad⁸⁹, no por la simple utilidad material, genética o productiva que estos puedan representar para el ser humano, sino porque al tratarse de una entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales, son sujetos de derechos individualizables, lo que los convierte en un nuevo imperativo de protección integral y respeto por parte de los Estados y las sociedades. En síntesis, *solo a partir de una actitud de profundo respeto y humildad con la naturaleza, sus integrantes y su cultura es posible entrar a relacionarse con ellos en términos justos y equitativos, dejando de lado todo concepto que se limite a lo simplemente utilitario, económico o eficientista*⁹⁰.

Dicho en otras palabras: la naturaleza y el medio ambiente son un elemento transversal al ordenamiento constitucional colombiano. Su importancia recae por supuesto en atención a los seres humanos que la habitan y la necesidad de contar con un ambiente sano para llevar una vida digna y en condiciones de bienestar, pero también en relación a los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, *entendidas como existencias merecedoras de protección en sí mismas*. Se trata de ser conscientes de la interdependencia que nos conecta a todos los seres vivos de la tierra; esto es, reconocernos como partes integrantes del ecosistema global -biósfera-, antes que a partir de categorías normativas de dominación, simple explotación o utilidad. Postura que cobra especial relevancia en el constitucionalismo colombiano, teniendo en cuenta el principio de pluralismo cultural y étnico que lo soporta, al igual que los saberes, usos y costumbres ancestrales legados por los pueblos indígenas y tribales⁹¹. Es así como en el siguiente acápite precisamente se explorará una visión alternativa de los derechos colectivos de las comunidades étnicas en relación con su entorno natural y cultural, que se ha denominado, derechos bioculturales.

Concepto y alcance los derechos bioculturales (*biocultural rights*). Hacia una protección efectiva de la biodiversidad y la bioculturalidad.

5.11. A este respecto, lo primero que debe señalarse es que los denominados *derechos bioculturales*, en su definición más simple, hacen referencia a los derechos que tienen las comunidades étnicas a **administrar y a ejercer tutela** de manera autónoma sobre sus territorios -de acuerdo con sus propias leyes, costumbres- y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su *forma de vida* con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad. En efecto, estos

⁸⁹ La **biodiversidad o diversidad biológica** es, según el Convenio Internacional sobre la Diversidad Biológica (1992), el término por el que se hace referencia a la amplia variedad de seres vivos sobre la Tierra y los patrones naturales que la conforman, resultado de miles de millones de años de evolución según procesos naturales y también de la influencia creciente de las actividades del ser humano. La biodiversidad comprende igualmente la variedad de ecosistemas y las diferencias genéticas dentro de cada especie que permiten la combinación de múltiples formas de vida, y cuyas mutuas interacciones con el resto del entorno fundamentan el sustento de la vida sobre el planeta. En este sentido, la biodiversidad es un concepto muy amplio que abarca diferentes manifestaciones de la naturaleza como los ríos, los bosques, la atmósfera, las montañas, las especies animales y vegetales, los ecosistemas, entre otros.

⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-449 de 2015.

⁹¹ Corte Constitucional, sentencia T-080 de 2015.

derechos resultan del reconocimiento de la profunda e intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas e indígenas que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente.

Los elementos centrales de este enfoque establecen una vinculación intrínseca entre naturaleza y cultura, y la diversidad de la especie humana como parte de la naturaleza y manifestación de múltiples formas de vida. Desde esta perspectiva, **la conservación de la biodiversidad conlleva necesariamente a la preservación y protección de los modos de vida y culturas que interactúan con ella.** En un país tan rico en materia ambiental como Colombia que es considerado el quinto entre los diecisiete países más *megabiodiversos* del mundo, y que cuenta con bosques naturales y páramos en cerca del 53% de su territorio -que aportan agua al 70% de la población nacional- en los que habitan más de 54.871 especies animales y vegetales, existen 341 tipos de ecosistemas diferentes y 32 biomas terrestres⁹², y que además entraña importantes culturas ancestrales, la protección y preservación de la diversidad cultural se convierte en un supuesto esencial para la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica y viceversa.

5.12. Ahora bien, como concepto legal los derechos bioculturales buscan integrar en una misma cláusula de protección las disposiciones dispersas en materia de derechos a los recursos naturales y a la cultura de las comunidades étnicas, que en nuestra Constitución están presentes en los artículos 7º, 8º, 79, 80, 330 y 55 transitorio. En otras palabras, los derechos bioculturales no son nuevos derechos para las comunidades étnicas, en lugar de ello, son una categoría especial que unifica sus derechos a los recursos naturales y a la cultura, entendiéndolos integrados e interrelacionados. En este sentido, el autor indio Sanjay Kabir Bavikatte, uno de los más importantes teóricos mundiales en esta materia, ha resaltado que *“el concepto de derechos bioculturales es de vieja data. Ha sido ampliamente utilizado para indicar un modo de vida que se desarrolla dentro de una relación holística entre la naturaleza y la cultura. Los derechos bioculturales reafirman el profundo vínculo entre comunidades indígenas, étnicas, tribales y otro tipo de colectividades, con los recursos que comprenden su territorio, entre ellos flora y fauna”*⁹³.

5.13. Por su parte, el fundamento filosófico de los derechos bioculturales, se configura en una visión holística⁹⁴, caracterizada a partir de tres aproximaciones: (i) la primera, se materializa en la combinación de naturaleza con cultura: en donde la biodiversidad -entendida como un amplio catálogo de recursos biológicos- y la diversidad cultural -entendida como el conjunto de tradiciones,

⁹² Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt. *Sistema de Información sobre Biodiversidad en Colombia*, 2015.

⁹³ Bavikatte, K., & Bennett, T. *Community stewardship: the foundation of biocultural rights*, *Journal of Human Rights and Environment*, Vol. 6 No. 1, 2015.

⁹⁴ La palabra *holística* proviene de la corriente filosófica del Holismo. Según el diccionario de la Real Academia Española de Lengua, el holismo *“es una doctrina filosófica que propugna la concepción de cada realidad como un todo distinto de la suma de las partes que lo componen”*.

usos y costumbres culturales y espirituales de los pueblos- son consideradas elementos inescindibles e interdependientes; (ii) en la segunda, se analizan las experiencias concretas que las comunidades étnicas han vivido en el tiempo, con aciertos y errores, desde una perspectiva que valora el pasado y el presente y se proyecta hacia el futuro en función de establecer un diagnóstico del sistema actual -orientado exclusivamente a darle prioridad a los conceptos de desarrollo y desarrollo sostenible- con el objetivo de ayudarles a conservar su diversidad biocultural para las futuras generaciones; y finalmente, (iii) en la tercera, se resalta la singularidad y a la vez la universalidad que representa la existencia de los pueblos étnicos para la humanidad⁹⁵.

5.14. Como se ha visto, un elemento central dentro del paradigma de los derechos bioculturales es el concepto de *comunidad o de colectivo*, que debe ser dimensionado como un término que incluye a las comunidades indígenas, étnicas, tribales y tradicionales, cuyas formas de vida son predominantemente *“basadas en el territorio y quienes tienen fuertes vínculos culturales y espirituales, con sus tierras tradicionales y sus recursos. Mientras las comunidades son calificadas mediante diversas categorías incluyendo etnicidad, recursos compartidos, intereses comunes y estructura política, el término comunidad acá, es usado para denotar grupos de personas cuya forma de vida está determinada por su ecosistema”*⁹⁶. (Subrayado fuera de texto)

En este sentido, por ejemplo, las comunidades locales, étnicas e indígenas que hacen valer sus derechos bioculturales, se fundamentan en los siguientes preceptos: *“1.- la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica de las comunidades basado en una forma de vida y los derechos bioculturales deben proteger esta manera de vivir; 2.- La forma de vida relevante para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica está vinculada con una tenencia y uso de la tierra, e igualmente, derechos a la cultura, conocimiento y a distintas prácticas. Los derechos bioculturales establecen el vínculo entre la comunidad o lo que se denomina ‘peoplehood’ y ecosistemas”*⁹⁷. (Subrayado fuera de texto).

En efecto, estos derechos implican que las comunidades deben **mantener su herencia cultural distintiva**, que es esencial para el mantenimiento de la diversidad biológica y la diversidad cultural del planeta; estos derechos *“no son simplemente reclamaciones de propiedades en el sentido típico de la economía o del mercado, en el cual pueden ser un recurso alienable, commensurable y transables; más bien (...) los derechos bioculturales son los derechos colectivos de comunidades que llevan a cabo roles de administración tradicional de acuerdo con la naturaleza, tal como es concebido por las ontologías*

⁹⁵ Chen, C; Gilmore, M. *Biocultural Rights: A New Paradigm for Protecting Natural and Cultural Resources of Indigenous Communities*. The International Indigenous Policy Journal. Vol. 6, No. 3, 2015.

⁹⁶ Bavikatte, K., & Bennett, T. *op. cit.*, pág. 8.

⁹⁷ Bavikatte, K., & Robinson, D. F. *Towards a people’s history of the law: Biocultural jurisprudence and the Nagoya Protocol on access and benefit sharing*. Law, Environment and Development Journal, 7(1), 35-51, 2011.

*indígenas*⁹⁸ o tradicionales.

5.15. Adicionalmente, los derechos bioculturales han tenido también un origen histórico-social, en la medida en que surgieron, principalmente, como consecuencia de la implementación de los modelos occidentales de desarrollo y desarrollo sostenible, y sus efectos sociales, culturales y ecológicos en las comunidades étnicas en diferentes partes del mundo

A este respecto el profesor Arturo Escobar, por ejemplo, ha señalado que aunque el propósito principal de la “estrategia mundial para el desarrollo sostenible” se centró desde su lanzamiento en 1987 en la erradicación de la pobreza y la protección del medio ambiente, sus efectos no han sido los esperados. Puntualmente, estima que *“el concepto de desarrollo era -y continúa siendo en gran parte- una aproximación política centralista, jerárquica, etnocéntrica y tecnocrática que entiende a las poblaciones y a la cultura como objetos abstractos y como figuras estadísticas que deben acomodarse de acuerdo a las prioridades del progreso. Este modelo de desarrollo ha sido concebido no como un proceso cultural sino por el contrario como un sistema universal de intervenciones técnicas cuyo propósito es entregar recursos, bienes y servicios a los pueblos (que se juzguen dentro de este criterio) con mayores necesidades. Es por ello que no sorprende que el desarrollo se haya convertido en una fuerza tan destructiva para las culturas del llamado Tercer Mundo, irónicamente, en nombre de los mejores intereses de los pueblos”*⁹⁹.

A lo anterior, agrega que el desarrollo sostenible como estrategia global *“(…) es el último intento para articular modernidad y capitalismo. Implica la resignificación de la naturaleza como environment, la reinscripción de la Tierra como capital bajo la perspectiva de la ciencia, la reinterpretación de la pobreza como efecto de la destrucción del medio ambiente; y el desarrollo de nuevos modelos de contratos de administración y planeación a cargo de los Estados que fungen como árbitros entre la naturaleza y los pueblos. (…)* Este discurso del desarrollo ha sido el más efectivo operador de las políticas de representación e identidad en gran parte de Asia, África y América Latina desde la posguerra”¹⁰⁰.

En desarrollo de este mismo argumento, Escobar concluye que frente a lo que -a su juicio- ha caracterizado el fracaso del modelo del desarrollo existen otras alternativas: *“diversas experiencias a nivel mundial han demostrado que el modelo de desarrollo occidental (basado en la concepción del crecimiento económico) es la peor opción para las comunidades étnicas. Para acceder a modelos alternativos como el post-desarrollo las comunidades necesitan experimentar con estrategias alternativas de producción, y simultáneamente desarrollar una semiótica de resistencia a la reestructuración moderna de la naturaleza y de la sociedad”*¹⁰¹.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Escobar, Arturo. *“Encountering Development: The making and unmaking of the third world”*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1995. Pág. 44.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pág. 202.

¹⁰¹ *Ibidem*, pág. 205.

5.16. Por otra parte, teóricos como Bavikatte, Bennett y Robinson¹⁰² afirman que fueron cuatro las circunstancias concretas que permitieron el advenimiento de los derechos bioculturales: (i) el cuestionamiento del paradigma de desarrollo estrictamente vertical, esto es, el concebido desde centros de poder hacia la periferia¹⁰³; (ii) el advenimiento de trabajos de investigación en el marco del “movimiento de los comunes”¹⁰⁴; (iii) la evolución, entendimiento, desarrollo y dimensionamiento de los derechos de tercera generación¹⁰⁵; y finalmente, (iv) el desarrollo de una categoría específica de derechos para las minorías cuyo objeto ha sido la protección de las reivindicaciones de las comunidades indígenas, negras y campesinas¹⁰⁶.

5.17. En resumen, se puede concluir que **la premisa central sobre la cual se cimienta la concepción de la bioculturalidad y los derechos bioculturales es la relación de profunda unidad entre naturaleza y especie humana**. Esta relación se expresa en otros elementos complementarios como: (i) los *múltiples modos de vida* expresados como diversidad cultural están íntimamente vinculados con la diversidad de ecosistemas y territorios; (ii) la riqueza expresada en la *diversidad de culturas, prácticas, creencias y lenguajes* es el producto de la interrelación coevolutiva de las comunidades humanas con sus ambientes y constituye una respuesta adaptativa a cambios ambientales; (iii) las relaciones de las diferentes culturas ancestrales con plantas, animales, microorganismos y el ambiente contribuyen activamente a la biodiversidad; (iv) *los significados espirituales y culturales* de los pueblos indígenas y de las comunidades locales sobre la naturaleza forman parte integral de la diversidad biocultural; y (v) la conservación de la diversidad cultural conduce a la conservación de la diversidad biológica, por lo que *el diseño de política*,

¹⁰² Bavikatte, K., & Bennett, T. *op. cit.*, pág. 7 y ss.

¹⁰³ “1.- En primera medida, la evidencia fáctica de que el **paradigma de desarrollo estrictamente vertical** era contraproducente para la protección del medio ambiente, dado que ignoraba los aportes que las comunidades tradicionales tienen por ofrecer, suprimiendo en la práctica, la crítica y la reflexión”.

¹⁰⁴ “2.- Una segunda razón por la cual surgió el concepto en comento se debió al trabajo realizado por los teóricos **del movimiento de los comunes**, que centró sus investigaciones en evaluar los supuestos beneficios que ha entregado el desarrollo de proyectos extractivos a las comunidades basado en el control y la privatización de los recursos naturales (o recursos comunes) por parte de los Estados en contraste a la degradación ambiental que estos causan. Como alternativa a este modelo propusieron una estrategia de empoderamiento de las comunidades locales para gobernar y administrar ecosistemas locales y recursos naturales, que consideran la fórmula más efectiva de asegurar su conservación”.

¹⁰⁵ “3.- Una tercera circunstancia que se desarrolló en las últimas dos décadas y que tuvo una notable influencia en el planteamiento de los derechos bioculturales fue la evolución en el entendimiento, desarrollo y dimensionamiento de los **derechos de tercera generación**. Estos derechos protegen todos los elementos necesarios para la supervivencia y conservación del planeta y de la humanidad, especialmente los relacionados con la salvaguarda del medio ambiente y la biodiversidad. A diferencia de los derechos civiles y políticos (de primera generación) que generalmente amparan a individuos, los de tercera generación benefician a grupos, comunidades o colectividades, razón por la cual son llamados derechos colectivos. **En este sentido, los derechos bioculturales se han afianzado más que como derechos de tercera generación, como un resultado de la implementación de los mismos pero con el objetivo específico de proteger la biodiversidad en relación con las culturas relacionadas con ella, y con la conservación del medio ambiente y sus recursos naturales.**”

¹⁰⁶ “4.- **el desarrollo de una categoría específica de derechos para las minorías** en los últimos 40 años que protegen a las comunidades indígenas, étnicas y locales en materia de libre expresión de la cultura, restauración de la tierra y sus recursos, y la autodeterminación política, permitieron la configuración del concepto de derechos bioculturales. Estos avances en su mayoría se dieron para amparar comunidades indígenas y étnicas, rescatando la relación entre la conservación del medio ambiente, el uso sostenible de la diversidad biológica y el territorio de las comunidades. (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

*legislación y jurisprudencia debe enfocarse por la conservación de la bioculturalidad*¹⁰⁷.

5.18. En consecuencia, las políticas públicas sobre la conservación de la biodiversidad deben adecuarse y centrarse en la preservación de la vida, de sus diversas manifestaciones, pero principalmente en la preservación de las condiciones para que esa *biodiversidad* continúe desplegando su potencial evolutivo de manera estable e indefinida, tal y como lo ha señalado la Corte en abundante jurisprudencia¹⁰⁸. De igual forma, las obligaciones del Estado sobre protección y conservación de los modos de vida de los pueblos indígenas, las comunidades negras y campesinas implican garantizar las condiciones para que estas formas de ser, percibir y aprehender el mundo puedan pervivir.

a.- Algunos fundamentos jurídicos y jurisprudenciales para la protección de la bioculturalidad y la biodiversidad.

Instrumentos Internacionales.

5.19. En la actualidad, el concepto y alcance de los derechos bioculturales está siendo ampliamente reconocido no solo en el marco del derecho ambiental sino también del derecho internacional. De hecho, una serie de instrumentos internacionales que integran el ordenamiento jurídico colombiano por bloque de constitucionalidad contribuyen a fundamentar constitucional y legalmente la relación intrínseca que existe entre diversidad biológica y cultural, que da lugar a la bioculturalidad y a los derechos bioculturales.

El primero de los convenios ratificados por Colombia en esta materia es el **Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989)**¹⁰⁹ que establece un enfoque biocultural al reconocer la especial vinculación de los modos de vida de los pueblos indígenas y tribales con los territorios y sus recursos. En particular, el artículo 13 impone a los Estados respetar la importancia especial y los valores espirituales que los pueblos indígenas tienen con sus tierras y territorios. En efecto, el convenio contiene varias disposiciones que cobijan no solo a los pueblos indígenas sino también a las comunidades negras, hecho que ha reconocido e interpretado esta Corte Constitucional en su jurisprudencia, como se verá más adelante. Adicionalmente, este tratado reconoce una vinculación integral entre el modo de vida de pueblos indígenas y tribales, su identidad cultural y concepción espiritual con sus territorios y las distintas formas de vida o biodiversidad presentes en aquellos hábitat.

Un segundo instrumento es el **Convenio sobre la Diversidad Biológica**

¹⁰⁷ Posey, D. A., Dutfield, G., Plenderleith, K., da Costa e Silva, E., & Argumedo, A. Traditional resource rights: International instruments for protection and compensation for Indigenous peoples and local communities. Gland: International Union for the Conservation of Nature. 1996.

¹⁰⁸ Corte Constitucional, sentencias T-411 de 1992, T-415 de 1992, T-536 de 1992, T-092 de 1993, C-519 de 1994, C-200 de 1999, C-431 de 2000, C-671 de 2001, C-339 de 2002, T-760 de 2007, C-595 de 2010, T-080 de 2015 y C-449 de 2015, entre otras.

¹⁰⁹ Ratificado mediante la Ley 21 de 1991.

(1992)¹¹⁰, ratificado mediante la Ley 165 de 1994. Sin duda, este es el tratado que por excelencia ha abordado los derechos bioculturales, no solo desde una perspectiva científica de la diversidad biológica sino también en relación con las poblaciones que interactúan con la misma. De hecho, desarrolla este último aspecto reconociendo el papel fundamental que los modos de vida de comunidades indígenas y étnicas juegan en la conservación de la biodiversidad. De igual forma, el convenio persigue consolidar la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica, y la participación justa y equitativa de las comunidades en los beneficios derivados de la investigación y desarrollo de la misma¹¹¹.

Por su parte, un tercer instrumento es la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)** que Colombia adoptó con algunas aclaraciones. En términos generales, la declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas a su identidad cultural, a ser diferentes y a ser respetados como tales. Entre sus disposiciones también reconoce que el respeto a los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible, equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente. El reconocimiento que hace la declaración sobre identidad e integralidad cultural subraya la importancia de que los pueblos indígenas tengan control sobre sus tierras, territorios y recursos para mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones. Si bien esta declaración no es un instrumento vinculante, constituye no solo un referente sino un criterio adicional de interpretación dentro de nuestro sistema jurídico al provenir de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En el mismo sentido, la recientemente aprobada **Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016)** reconoce el derecho de estos pueblos a la autoidentificación, a la libre determinación, a la autonomía, organización y autogobierno, a la protección de su identidad, integridad y patrimonio cultural, y al control sobre sus tierras, territorios y recursos, entre otros, lo que afianza la garantía de sus derechos colectivos en el hemisferio y el

¹¹⁰ Respecto a la integración del CDB al bloque de constitucionalidad, la sentencia T-204 de 2014 ha señalado lo siguiente: “23. Por otra parte, el Convenio sobre Diversidad Biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, el cual fue aprobado mediante Ley 165 de 1994, forma parte del bloque de constitucionalidad por ser ratificado por el Congreso de Colombia y reconocer el derecho humano ambiental en su relación inherente con los derechos a la vida y a la salud; tiene como objetivos principales la conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados del uso de recursos genéticos.”

¹¹¹ Dentro del contexto del CDB se han desarrollado otros instrumentos internacionales que resultan relevantes al momento de hacer un análisis de los derechos bioculturales en el ordenamiento jurídico colombiano como son el **Protocolo de Cartagena (2000)**, aprobado mediante Ley 740 de 2002, y el **Protocolo de Nagoya (2010)**, suscrito por Colombia en 2011. Los dos surgieron al interior del sistema de Naciones Unidas, como una consecuencia directa del CDB para desarrollar algunos temas específicos del convenio relacionados con la diversidad biológica y genética como fuente de recursos genéticos para procesos y aplicaciones industriales y comerciales. En este sentido, los dos Protocolos versan sobre la aplicación de la tecnología en temas que afectan a la diversidad biológica y al medio ambiente. El primero, busca garantizar la adecuada protección en la esfera de transferencia, manipulación y utilización segura de organismos vivos modificados mediante la biotecnología, mientras el segundo, enfatiza en el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización.

reconocimiento de otros derechos, entre ellos, los bioculturales. En igual sentido que la Declaración Universal, la DADPI aunque no es un tratado vinculante constituye un parámetro válido de interpretación dentro de nuestro ordenamiento.

Finalmente, también debe reseñarse la **Convención de la Unesco para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (2003)**, ratificada por Colombia mediante la Ley 1037 de 2006, según la cual las partes deben adoptar medidas de protección -y salvaguardia- del patrimonio cultural inmaterial en ámbitos como por ejemplo, las tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio; los usos sociales, rituales y actos festivos; conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el espacio; y las técnicas artesanales tradicionales de las comunidades étnicas, todas estrechamente relacionadas con los derechos bioculturales. En síntesis, de esta convención se derivan importantes obligaciones de protección y salvaguardia que los Estados tienen en relación con el patrimonio cultural inmaterial¹¹².

5.20. Ahora bien, en desarrollo y aplicación de algunos de los instrumentos internacionales anteriormente reseñados, como el CDB, se han implementado en diversos lugares del mundo estrategias para construir **prácticas bioculturales** que permitan proteger y dimensionar los derechos de las comunidades étnicas a la conservación de su diversidad cultural en relación con la diversidad biológica, el territorio y los recursos naturales que los rodean (y de los que se consideran parte). En este sentido, Estados, poblaciones y comunidades locales que han adoptado el concepto de *derechos bioculturales*, han logrado un cambio significativo en la protección de sus ecosistemas, recursos, especies naturales y culturas ancestrales, como resultado del establecimiento de reglas de juego jurídicas denominadas *Protocolos Comunitarios Bioculturales*, cuyo objetivo principal es brindar las herramientas legales y administrativas necesarias a las comunidades étnicas para defender sus derechos frente a terceros (compañías, multinacionales, etc.) promoviendo la interacción y el diálogo estratégico entre los diferentes actores (estatales, privados o locales) que puedan llegar a incidir en un territorio étnico determinado, generalmente, a través de grandes proyectos de desarrollo.

5.21. El contenido de los anteriores instrumentos internacionales así como de los casos y las experiencias regionales y globales reseñadas evidencian el creciente reconocimiento de la necesidad de protección de las relaciones intrínsecas e interdependientes de los pueblos indígenas y las comunidades étnicas con su hábitat natural, sus territorios, sus recursos y con la biodiversidad. Las relaciones y significados particulares de plantas, animales, montañas, ríos y demás elementos constitutivos del territorio en cada cultura son reconocidos como parte de los modos de vida distintivos de las comunidades étnicas.

¹¹² Este instrumento es un criterio relevante de interpretación y constituye, a la vez, un desarrollo subsecuente de la **Declaración Universal de la Unesco sobre Diversidad Cultural (2001)** que reafirma que la diversidad cultural es patrimonio común de la humanidad y resalta la importancia de la misma al afirmar en su artículo 1° que “es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos”.

A este respecto, el derecho internacional ha establecido algunas de las obligaciones que Colombia tiene de proteger las diversas formas de relación que las comunidades étnicas tienen con sus tierras, territorios y organismos biológicos y los conocimientos asociados a su uso, y, por otra parte, evidencia la necesidad de desarrollar un enfoque que integre bajo una misma cláusula de protección, la *diversidad biocultural de la nación* -esto es, la integración de la diversidad cultural con la diversidad biológica-, como criterio cardinal de la política pública y la legislación nacional.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

5.22. La jurisprudencia de esta Corporación, desde sus primeras sentencias, en desarrollo de los pilares fundantes de nuestra fórmula de ESD ha reconocido la importancia del principio constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación, desde diferentes aproximaciones sentando con ello las bases para la protección de la *diversidad cultural*. Los casos y los temas que la jurisprudencia ha estudiado en este sentido han sido variados, pero en todos se ha reconocido invariablemente la importancia de este principio, otorgándole un lugar preponderante en la decisión de múltiples asuntos en los que se han visto involucrados los intereses de pueblos y comunidades étnicas que viven en Colombia¹¹³. A continuación, se presentará un breve recuento.

5.23. Desde un primer momento, la labor de la Corte se centró en construir los fundamentos del marco teórico y conceptual que posteriormente permitiría establecer el alcance del principio de diversidad étnica y cultural de la nación en sus diferentes dimensiones. En este contexto, se han proferido una amplia serie de decisiones¹¹⁴ en las que se ha establecido -en términos generales- que dentro de una sociedad plural y democrática como la que dimensiona la Carta de 1991 los pueblos indígenas y las comunidades étnicas *deben ser reconocidos como sujetos colectivos titulares de derechos fundamentales* en atención a que representan valores étnicos y culturales ancestrales, así como formas de vida estrechamente vinculadas a la especial relación que tienen sus tradiciones, usos y costumbres -en tanto manifestaciones culturales-, con sus territorios y los recursos naturales. En este orden de ideas, la sentencia **T-188 de 1993** señaló:

“El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades indígenas”. (Negrilla fuera de texto original)

¹¹³ Corte Constitucional, sentencias T-188 de 1993, T-380 de 1993, C-058 de 1994, T-349 de 1996, T-496 de 1996, SU-039 de 1997, T-523 de 1997, SU-510 de 1998, T-652 de 1998, T-552 de 2003 y T-256 de 2015, entre otras.

¹¹⁴ Corte Constitucional, sentencias T-428 de 1992, T-188 de 1993, T-380 de 1993 y T-496 de 1996, entre otras.

5.24. De igual forma, la sentencia **T-380 de 1993**, reiterando algunos argumentos de la T-428 de 1992, reafirmó que las comunidades étnicas son sujetos colectivos y en este sentido, también titulares de derechos fundamentales. En esta oportunidad la Corte precisó que:

“Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes”. (Negrilla fuera de texto original).

5.25. Asimismo, en la sentencia **T-257 de 1993** la Corte protegió el derecho de algunas comunidades étnicas del Vaupés, en tanto sujetos colectivos de derechos fundamentales, a ser consultadas sobre la construcción de una pista de aterrizaje al interior de su territorio con el fin de permitir la realización de actividades de proselitismo religioso en la región, aclarando que: *“un resguardo no es una entidad territorial sino una forma de propiedad colectiva de la tierra. La propiedad colectiva que surge del resguardo es desarrollo de varios artículos del Convenio 169 de la OIT, mediante el cual los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras”.* (Negrilla fuera de texto original)

5.26. En una sentencia de constitucionalidad del mismo año, la **C-027 de 1993**, la Corte tuvo la ocasión de examinar otra dimensión del principio de diversidad étnica y cultural, esta vez, de cara a la Ley 20 de 1974, mediante la cual se aprobaba el Concordato entre la Iglesia Católica y el Estado colombiano. Dicha ley fue declarada inexecutable por ser contraria al principio de diversidad étnica y cultural de la nación, en la medida en que la norma acusada no solo era “integracionista u homogeneizadora” respecto de una religión en particular, sino que además desconocía la dignidad y autonomía de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas, y por tanto su diversidad en materia religiosa y espiritual.

5.27. Poco tiempo después, en la sentencia **T-342 de 1994**, la Corte amparó el derecho fundamental a la integridad y diversidad étnica y cultural de varias comunidades étnicas nómadas del Guaviare respecto de una asociación privada que pretendía continuar desarrollando un proceso de asimilación e integración a la sociedad mayoritaria de las mismas en los territorios de su área de influencia. En aquella oportunidad la Corte extendió el ámbito de protección del derecho fundamental invocado al señalar que: *“No sería aventurado afirmar que el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígena guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman, si se considera que las comunidades*

indígenas constituyen igualmente un recurso natural humano que se estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población indígena habitualmente ocupa territorios con ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la Nación. De esta manera, la población indígena y el entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado". (Negrilla fuera de texto original)

5.28. Posteriormente, la Corte examinó en la sentencia **C-519 de 1994** la constitucionalidad de la Ley 165 de 1994 aprobatoria del Convenio sobre la Diversidad Biológica suscrito por Colombia y al declararlo exequible, concluyó que la propiedad intelectual en materia de diversidad biológica no puede atentar ni desconocer el conocimiento tradicional de las comunidades étnicas. A este respecto, puntualizó que *"teniendo en consideración el enorme capital ecológico de nuestro país, reviste la mayor importancia que el Gobierno Nacional preste toda su atención al momento de deliberar en los foros internacionales, respecto a la conveniencia de establecer un régimen de propiedad intelectual en materia de diversidad biológica, pues en él debe gozar de protección especial el conocimiento tradicional de las comunidades indígenas, lo cual, por lo demás, tiene respaldo en el deber del Estado de proteger el patrimonio natural y ecológico de la Nación (artículos 8º y 27 C.P.)"*. (Negrilla fuera de texto original)

5.29. En otra providencia, la **C-139 de 1996** se estudió la constitucionalidad de la ley 89 de 1890 que en algunos de sus artículos se refería a los indígenas como "salvajes" y objeto de "civilización". En esta sentencia, la Corte consideró que la política integracionista de asimilación respecto de las comunidades étnicas contemplada en la norma demandada contradecía abiertamente la diversidad étnica y cultural establecida en la Constitución de 1991, en tanto:

"La terminología utilizada en el texto, que al referirse a "salvajes" y "reducción a la civilización" desconoce tanto la dignidad de los miembros de las comunidades indígenas como el valor fundamental de la diversidad étnica y cultural. Una concepción pluralista de las relaciones interculturales, como la adoptada por la Constitución de 1991, rechaza la idea de dominación implícita en las tendencias integracionistas".

5.30. Por su parte, en la sentencia **SU-510 de 1998**, la Corte sintetizó el principio de diversidad étnica y cultural indicando que es una consecuencia del carácter democrático, participativo y pluralista, y obedece a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida, razas, lenguas, tradiciones y sistemas de comprensión del mundo diferentes a los de la cultura occidental. Es ese sentido señaló que *"para la Corte, el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana y obedece a 'la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del*

*mundo diferentes de los de la cultura occidental*¹¹⁵.

5.31. Ahora bien, en la sentencia **T-652 de 1998** que reiteró la **SU-039 de 1997** la Corte tuvo la oportunidad de examinar la relación entre los proyectos extractivos y de desarrollo y el deber de consulta previa a comunidades étnicas. En efecto, la Corporación encontró que la explotación de recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por las comunidades indígenas origina fuertes impactos en su modo de vida, y por esa razón ratificó la doctrina constitucional de unificación relativa a la protección que debe el Estado a tales pueblos, y de manera muy especial consideró que en esos casos, su derecho a ser previamente consultados tiene carácter de fundamental:

“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 C.P.), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su subsistencia. Es decir, que debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena.”

5.32. En otra oportunidad, en la sentencia **T-955 de 2003**, la Corte al proteger los derechos de las comunidades negras de Caicara (Chocó) a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la participación y a la subsistencia ante las acciones de las empresas madereras del Darién que deforestaron su territorio ancestral, interpretó de forma amplia el Convenio 169 de la OIT *extendiendo su interpretación a las comunidades negras*, consolidando con ello un enfoque biocultural al reconocer los vínculos de los modos de vida de los pueblos indígenas, tribales y las comunidades étnicas con los territorios y la utilización, conservación y administración de sus recursos naturales¹¹⁶.

5.33. De igual forma, la Corte ha avanzado de forma progresiva en la interpretación del principio de integridad cultural vinculándolo a la garantía de los derechos sobre el territorio, lo cual denota el establecimiento de un claro enfoque biocultural en la jurisprudencia respecto de los derechos de las

¹¹⁵ En el mismo sentido, agregó que: “La Constitución Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales. Lo anterior traduce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser diferentes en cuestiones de raza, o cultura. En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades.” (Negrilla fuera de texto original).

¹¹⁶ En ese sentido, la providencia precisó lo siguiente: “Del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural depende la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales, y que son éstos quienes pueden conservar y proyectar en los diferentes ámbitos el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, sustrato del Estado social de derecho acogido en la Carta. Este carácter, reconocido alude a los pueblos indígenas y tribales, entre éstos a las comunidades negras.” (Negrilla fuera de texto original)

comunidades étnicas. Por ejemplo, en la sentencia **T-433 de 2011**, al resolver una tutela interpuesta para proteger la integridad, identidad, autonomía y la propiedad colectiva de una comunidad Embera-Dobida asentada en el Chocó, la Corte reiteró una serie de reglas jurisprudenciales que tienen por objeto amparar la especial relación que tienen los pueblos indígenas con sus territorios, el reconocimiento y respeto de la diversidad étnica y cultural como principio que permite la subsistencia de las comunidades étnicas, la conservación del valor espiritual que para todos los grupos étnicos comporta su relación con la tierra y su territorio y su derecho a tener un territorio legalmente reconocido¹¹⁷.

5.34. Por otra parte, la Corte también ha protegido la identidad e integridad cultural de las comunidades étnicas precisando su alcance teórico-conceptual, por ejemplo, para impedir el uso indebido o abuso de nombres propios y distintivos de la identidad indígena o étnica en productos occidentales con fines comerciales. En la sentencia **T-477 de 2012**, este Tribunal puntualizó que la identidad cultural *“es un conjunto de rasgos característicos (noción de identidad) de una sociedad o de un grupo social relacionados con su forma de vida, sus tradiciones y creencias en el ámbito espiritual, material, intelectual y afectivo que genera en sus integrantes un sentido de pertenencia a dicho colectivo social y que es producto de su interacción en un espacio social determinado (noción de cultura)”*.

5.35. Ahora bien, en la sentencia **C-1051 de 2012**¹¹⁸, la Corte consideró que las normas del *Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales* al regular materias relacionadas con los recursos naturales y el territorio colectivo de pueblos ancestrales, que pueden terminar afectando a las comunidades étnicas colombianas al impedirles participar en la toma de decisiones sobre el manejo de sus usos, costumbres y actividades agrícolas resulta contrario a lo dispuesto por la Constitución en materia de diversidad étnica y cultural. En un sentido más amplio, esta Corporación estableció que **los grupos étnicos requieren para sobrevivir y para desarrollar su cultura del territorio en el cual están asentados**. A lo anterior, se agregó que *“desde ese punto de vista, el aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran*

¹¹⁷ *“(i) para las Comunidades indígenas resulta importante destacar la vinculación estrecha entre su supervivencia y el derecho al territorio como el escenario donde se hace posible la existencia misma de la etnia; (ii) de manera reiterada la jurisprudencia constitucional ha sostenido que del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural depende la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales y que son éstos quienes pueden conservar y proyectar en los diferentes ámbitos el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, sustrato del Estado social de derecho acogido en la Carta; (iii) el Estado colombiano, se encuentra obligado a respetar la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y a contribuir realmente con la conservación del valor espiritual que para todos los grupos étnicos comporta su relación con la tierra y su territorio, entendido este como ‘lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera’; (iv) que la Ley 31 de 1967, mediante la cual fue incorporado a la legislación nacional el Convenio 107 de 1957 de la OIT, desarrolla ampliamente el derecho de estos pueblos a que los Gobiernos i) determinen sus propiedades y posesiones mediante la delimitación de los espacios efectivamente ocupados, ii) salvaguarden sus derechos a utilizar ‘las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia’; y iii) protejan especial y efectivamente sus facultades de utilizar, administrar y conservar sus recursos naturales”*.

¹¹⁸ Por medio de la cual se examinó la constitucionalidad de la Ley 1518 de 2012, por la que a su vez, se aprobaba el “Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales” de 1991.

*en tales territorios, mediante el desarrollo de actividades comunes como la caza, la pesca y la agricultura, 'es un asunto trascendental para la definición de la identidad particular y diversa de dichos pueblos', lo que conlleva, entonces, el derecho de las comunidades a participar e intervenir en las decisiones que guarden relación con tales actividades'*¹¹⁹.

5.36. Finalmente, en la sentencia **T-576 de 2014**, la Corte protegió el derecho fundamental a la consulta previa de varias comunidades negras de San Andrés y Providencia, excluidas de una convocatoria gubernamental por no acreditar título colectivo sobre sus territorios. En este caso, se amparó el derecho a la identidad cultural y al reconocimiento de la cultura ancestral de las comunidades negras como distinta de la mayoritaria nacional, señalando a este respecto que *"de lo que se trata, es de garantizar que los pueblos indígenas y tribales cuenten con la oportunidad de pronunciarse sobre aquellos proyectos o decisiones que puedan alterar sus formas de vida, incidir en su propio proceso de desarrollo o impactar, de cualquier manera, en sus costumbres, tradiciones e instituciones"*.

5.37. A modo de conclusión debe señalarse que tanto la jurisprudencia constitucional como los instrumentos de derecho internacional que han sido ratificados por Colombia como otros instrumentos adicionales no vinculantes sobre los derechos de las comunidades étnicas aquí reseñados, han consolidado el desarrollo de un *enfoque integral de protección que ha contribuido a amparar tanto la diversidad biológica como la diversidad cultural de la nación*, reconociendo las profundas interrelaciones de los pueblos indígenas, comunidades negras y locales con el territorio y los recursos naturales.

Protección especial de los ríos, los bosques, las fuentes de alimento, el medio ambiente y la biodiversidad. El derecho fundamental al agua, la protección de la naturaleza y la seguridad alimentaria.

Llegados a este punto se tiene que la protección del medio ambiente y de la biodiversidad son una prioridad y representan un *interés superior* no solo en los tratados internacionales suscritos por Colombia y la Constitución Política, sino también en la jurisprudencia de la Corte, que en este sentido, ha presentado importantes avances en la protección de los derechos de las comunidades étnicas desde una perspectiva integral, esto es, biocultural. De esta manera, en este acápite se presentará la dogmática constitucional que ampara en nuestro modelo de ESD dos elementos constitutivos del medio ambiente que, por su relevancia

¹¹⁹ En sentido complementario, la Corte resaltó que *"el vínculo de los grupos étnicos con el territorio va mucho más allá de la concepción material de las cosas, pues el mismo parte de percepciones de orden espiritual propias de las distintas cosmovisiones y de la relación directa que existe entre el ser humano y la naturaleza. Dada esa especial vinculación con el hábitat, el concepto de territorio de las comunidades diferenciadas es entonces dinámico, pues para ellas comprende, como lo ha destacado esta Corporación citando la doctrina especializada, 'todo espacio que es actualmente imprescindible para que un pueblo indígena acceda a los recursos naturales que hacen posible su reproducción material y espiritual, según sus características propias de organización productiva y social'. (...) Ello, teniendo en cuenta la existencia de un derecho de propiedad, explotación y libre disposición por parte de los grupos étnicos sobre los territorios tradicionalmente ocupados, como forma de garantizar la seguridad alimentaria, el desarrollo, la diversidad y la cultura de acuerdo a sus particulares formas de vida."*

para el caso *sub examine*, deben ser estudiados individualmente: (i) el derecho fundamental al agua (recursos hídricos); y (ii) la protección de los bosques y la seguridad alimentaria.

a.- El derecho fundamental al agua. Evolución normativa y jurisprudencial.

5.38. El agua reviste una especial importancia en el asunto objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, puesto que constituye el elemento central para la preservación de la vida de las comunidades étnicas del Chocó, desde dos dimensiones complementarias, como derecho fundamental -protección del río Atrato y afluentes- y como servicio público -garantía de suministro de agua potable- a cargo del Estado colombiano.

Desde una perspectiva global, se considera que el agua ocupa un 71% de la superficie del planeta y químicamente está presente en los tres estados de la materia (sólido, líquido y gaseoso). Las aguas continentales que se encuentran en estado líquido como ríos, lagos, lagunas, quebradas, riachuelos y aguas subterráneas solo constituyen el 1%, las que se encuentran en estado sólido como casquetes polares y glaciares ocupan el 2%, mientras que el agua de los océanos se estima en un 97%¹²⁰.

5.39. Tal es la importancia del agua en el planeta Tierra que sin su presencia no sería posible la vida como la conocemos. De hecho, todos los pueblos, culturas y tradiciones desde la más remota antigüedad en sus diferentes concepciones culturales, místicas o religiosas se asentaron a la orilla de grandes fuentes de agua, principalmente ríos, y encontraron en ellos un mito fundacional o de creación: sumerios, egipcios, hebreos, indios, chinos e incluso vikings por igual. Basta con comenzar por las civilizaciones asentadas en Mesopotamia, a orillas de los ríos Tigris y Éufrates, quienes imaginaron el universo -en su *Epopéya de Gilgamesh*, la obra literaria más antigua de la especie humana encontrada hasta el momento- como “una cúpula cerrada rodeada por un mar de agua salada primordial” que no era otra cosa que el origen mismo de la creación.

Para los egipcios que se desarrollaron gracias al río Nilo, “en el principio del tiempo tan solo existían inmensas masas de aguas turbias cubiertas por absolutas tinieblas” que constituían un océano infinito conocido por ellos como el océano primordial *Nun*, que contenía todos los elementos del cosmos.

Los hebreos escribieron en el libro del Génesis, el más antiguo de la Biblia, que los instantes previos a la creación se dieron cuando “la tierra estaba desordenada y vacía, y las tinieblas estaban sobre la faz del abismo, y el Espíritu de Dios se movía sobre la faz de las aguas”. De igual forma, los indios, que se dispersaron a lo largo de los ríos Ganges e Indo, y los chinos a través del río Amarillo (Huang-He), también cantaron sus mitos de creación y sus gestas en relación a ellos.

¹²⁰ Para más información consultar: www2.waterusgs.gov/water/

Por su parte, los vikings -o tribus nórdicas, consideradas bárbaras por los romanos- explican el origen del mundo en un árbol llamado "*Yggdrasil, el gran fresno del mundo*" que nace de un pozo de agua donde se concentra toda la sabiduría del cosmos. Por último, la mayoría de cosmogonías fundacionales de nuestras tribus aborígenes explican el origen del universo a través de una íntima relación entre las lagunas y los ríos, la vegetación y los animales con un ser místico que procrea a la humanidad.

5.40. Ahora bien, descendiendo a una perspectiva nacional y al caso concreto sometido a la Corte, es necesario hacer referencia a uno de los ríos más importantes del país: el Atrato. Este, considerado como uno de los más caudalosos del mundo, nace en los Altos de la Concordia y los Farallones de Citará a una altura de 3.900 metros sobre el nivel del mar, en el cerro de Caramanta, jurisdicción del municipio de Carmen de Atrato, en el departamento de Chocó. El río Atrato, principal vía navegable del Chocó gracias al gran caudal de sus aguas, tiene 150 afluentes, algunos navegables; tiene 8 puertos y el principal es Quibdó. Navegable durante todo el año en sus 500 kilómetros para embarcaciones hasta de 200 toneladas, sirve de ruta al comercio del departamento, algunos municipios de Antioquia y el puerto de Cartagena. Este río no solo ha permitido la integración regional y cumple funciones de provisión de sustentos y comercio para el Chocó, sino que ha servido de referente de identidad cultural para las comunidades negras, mestizas e indígenas que han hecho de él y de sus afluentes su hábitat natural.

Con una superficie aproximada de 40.000 km², la cuenca del río Atrato se encuentra limitada por la Cordillera Occidental, la Serranía del Baudó y las prominencias del Istmo de San Pablo. Su cuenca hidrográfica no es tan grande en relación al volumen de agua que transporta, pero al encontrarse en la zona de mayor precipitación pluvial de América, denominada el Chocó biogeográfico, explica la razón de su inmenso caudal. Este territorio, de extraordinaria riqueza y complejidad es considerado como uno de los lugares con mayor biodiversidad del planeta. Su flora y fauna son inmensos y en buena parte aún están por conocer y valorar. Es rico en recursos minerales como el oro, platino, cobre, sal, roca fosfórica y en activos forestales. Las comunidades étnicas que habitan en él desde tiempos ancestrales, mayoritariamente negras, mestizas e indígenas, han hecho de esta cuenca, así como de todo el Pacífico, su territorio: el lugar en donde se reproduce la vida y se recrea su cultura.

5.41. Con este marco introductorio, pasa la Corte a reseñar algunos antecedentes normativos y jurisprudenciales nacionales e internacionales que han modelado y reformulado los paradigmas que determinan la manera en que nuestro ESD concibe la naturaleza y en especial, el agua.

En este contexto, se hace necesario indicar que aunque la legislación colombiana contemplaba desde el Código Civil de 1887 varias disposiciones relacionadas con el "dominio de las aguas" no fue sino hasta la expedición del Decreto Ley

2811 de 1974 o “Código Nacional de los recursos naturales renovables y de protección al medio ambiente” que se dio inicio, por primera vez en el país, a una legislación específicamente ambiental. En consecuencia, la expedición del mencionado decreto representó, cuando menos, un significativo avance normativo con respecto al entendimiento y consideración del medio ambiente y los recursos naturales desde el Estado. Con este objetivo la orientación del derecho se amplió en dirección a buscar regular mejor las relaciones de la sociedad con la naturaleza con el fin de tomar en consideración las implicaciones de las dinámicas sociales sobre la biodiversidad y los ecosistemas que lo componen, así como la repercusión del medio ambiente en la vida social.

En términos generales, el Decreto Ley 2811 de 1974 estableció una serie de obligaciones en cabeza del Estado a fin de que regulara, administrara, conservara, protegiera, ordenara y planificara el agua en tres dimensiones: como patrimonio común, recurso natural renovable y bien de uso público.

Posteriormente, con el advenimiento de la nueva Carta de derechos de 1991, que dio al agua un papel fundamental, se expedieron las leyes 99 de 1993, por la cual se creó el Ministerio de Ambiente y el Sistema Nacional Ambiental -SINA- que tiene como una de sus principales funciones la protección especial de las fuentes de agua (artículo 1º) y 142 de 1994, en la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, y define que los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural, son esenciales (artículos 1 y 4). Además de otras regulaciones dispersas, ha sido costumbre del Estado incluir nuevas disposiciones respecto a la protección del agua en las leyes orgánicas de desarrollo, por ejemplo en la 1450 de 2011 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014-, y en la ley 1753 de 2015, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.

5.42. Contrario a lo que ocurre en la legislación nacional, en el ámbito internacional hay numerosos instrumentos (en los sistemas universal e interamericano de protección de los DD.HH.) que establecen como obligación del Estado la protección y conservación del agua, y constituyen un estándar internacional. Por ejemplo, desde el sistema universal, a través de la **Resolución AG/ 10967** de la Asamblea General de la ONU se instó a los Estados y organizaciones internacionales para que proporcionaran los recursos financieros necesarios, mejoraran las capacidades y la transferencia de tecnología, especialmente en los países en desarrollo, e intensificaran los esfuerzos para proporcionar agua limpia y pura, potable, accesible y asequible y saneamiento para todos.

5.43. De igual forma, la **Observación General Núm. 15** emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas -ECOSOC-, órgano encargado de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC-, *es uno de los más grandes*

*avances en el reconocimiento del derecho al agua como derecho humano*¹²¹. En ésta, el Comité sostuvo que el acceso al agua salubre -potable- es sin duda una de las garantías esenciales para asegurar el nivel de vida adecuado, en cuanto condición indispensable para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo, cocina, higiene personal e higiene doméstica.

Adicionalmente, se señala que el derecho al agua es un requisito *sine qua non* para el ejercicio de otros derechos, en tanto “*el agua es necesaria para producir alimentos (derecho a la alimentación); para asegurar la higiene ambiental (derecho a la salud); para procurarse la vida (derecho al trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (derecho a participar en la vida cultural)*”.

5.44. Este derecho también se ha reconocido en otros instrumentos como declaraciones, resoluciones o planes de acción, que son adoptados en Conferencias Internacionales de las Naciones Unidas o que son elaborados por organismos que hacen parte de esta organización internacional como el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo -PNUD- o por los Relatores Espaciales.

De este *corpus iuris* internacional hacen parte, entre otros: (i) la **Declaración de Mar del Plata (1977)**, que fue el primer llamamiento a los Estados para que realizaran evaluaciones nacionales de sus recursos hídricos y desarrollaran planes y políticas nacionales dirigidas a satisfacer las necesidades de agua potable de toda la población. También reconoció que todas las personas y pueblos tienen derecho a disponer de agua potable de calidad y en cantidad suficiente para satisfacer sus necesidades básicas; (ii) la **Declaración de Dublín (1992)**, en la que se reiteró que el derecho al agua es un derecho fundamental y advirtió sobre la amenaza que suponen la escasez y el uso abusivo del “agua dulce” para el desarrollo sostenible, para la protección del medio ambiente y de los ecosistemas, para el desarrollo industrial, la seguridad alimentaria, la salud y el bienestar humano; (iii) la **Declaración de Río de Janeiro (1992)** que se elaboró paralelamente al Plan de Acción Agenda 21, en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, constituyen uno de los principales instrumentos internacionales que regulan el derecho al agua. En este se resaltó la importancia del agua para la vida y la necesidad de su preservación, su capítulo 18 consagra como objetivo general velar porque se mantenga un suministro suficiente de agua de buena calidad para toda la población del planeta, y preservar al mismo tiempo las funciones hidrológicas, biológicas y químicas de los ecosistemas, adaptando las actividades humanas a los límites de la capacidad de la naturaleza y combatiendo los vectores de las enfermedades relacionadas con el agua; (iv) el **Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo (1994)**,

¹²¹ En dicha resolución se estipula que “*el derecho humano al agua es el derecho de todos de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico*”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No 15. el derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/2002/11. 20 de enero de 2003.

también hace una clara referencia al derecho al agua en el Principio Núm. 2, el cual sostiene que: “*los seres humanos [...] tienen el derecho a un adecuado estándar de vida para sí y sus familias, incluyendo alimentación, vestido, vivienda, agua y saneamiento adecuados*”; y, (v) la **Nueva Agenda para el Desarrollo Sostenible (2015)**, en la que el acceso universal al agua y saneamiento se ubicó entre uno de los 17 Objetivos Globales. El objetivo referente al acceso al agua -el número 6- dispone que los Estados deben unificar esfuerzos y adoptar las medidas necesarias para garantizar el acceso universal al agua potable segura y asequible, proporcionar instalaciones sanitarias y fomentar prácticas de higiene en todos los niveles para todas y todos para el año 2030.

5.45. Por su parte, si bien en el sistema interamericano, compuesto normativamente por la Convención Americana -en adelante, CADH- y el Protocolo de “San Salvador”, entre otros instrumentos, no se hace mención expresa al derecho al agua, es posible señalar que haciendo una interpretación sistemática de estos instrumentos, este se encuentra implícito en el artículo 4 de la CADH, por cuanto la falta de acceso al agua impide la consecución de una existencia digna o en condiciones de bienestar y en el artículo 11 del Protocolo de “San Salvador”, se establece que: “*Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos*”, puesto que la prestación de agua potable es uno de los principales servicios públicos esenciales. En consecuencia, los sistemas regionales de protección de derechos humanos, vía interpretación, han desarrollado en su jurisprudencia un conjunto de estándares relacionados con este derecho¹²².

Precisamente en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no se ha protegido el derecho al agua autónomamente pero sí en conexión con el derecho a la vida, a la salud, y respecto de las comunidades étnicas, el derecho a la propiedad. En ese sentido, los casos de mayor relevancia se refieren a tres comunidades indígenas paraguayas que fueron desplazadas de sus territorios ancestrales a tierras con inciertos recursos naturales para su subsistencia y en medio de una situación de completo abandono por parte del Estado.

En el primer caso, el de la **Comunidad Yakye Axa contra Paraguay de 2005**, la Corte Interamericana después de reconocer que el derecho a la vida “*comprende no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna*” señaló que la imposibilidad de acceder al agua afecta el derecho de la comunidad étnica a una existencia digna y otros derechos como la educación y la identidad cultural. En este sentido, precisó que: “*las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el*

¹²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2015. Capítulo 4A: “*El Acceso al agua en las Américas. Una aproximación al derecho humano al agua en el Sistema Interamericano*”.

*derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran está directamente vinculado con la obtención de alimento y acceso al agua*¹²³. (Negrilla fuera de texto original)

En el caso de la **Comunidad Sawhoyamaxa contra Paraguay de 2006**, la Corte Interamericana vinculó una vez más el acceso al agua con el derecho a la vida. En sus consideraciones, indicó que: *“en el presente caso, junto con la carencia de tierra, la vida de los miembros de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa se caracteriza por [...] las precarias condiciones de sus viviendas y entorno, las limitaciones de acceso y uso de los servicios de salud y agua potable, así como la marginalización por causas económicas, geográficas y culturales”*¹²⁴. (Negrilla fuera del texto original)

En el último caso, el de la **Comunidad Xákmok Kásek contra Paraguay de 2010**, la Corte Interamericana consideró que el Estado no había tomado las medidas necesarias para brindarle a la comunidad étnica las condiciones esenciales para una vida digna, al no haber garantizado la provisión de agua, alimentación, salud y educación, entre otros derechos humanos y fundamentales. Asimismo, valoró que la falta de acceso al agua apta para el consumo humano, junto con la ausencia de acceso a alimentos, salud y educación, consideradas prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna y analizados en su conjunto, dieron lugar a la violación al derecho a la vida en la referida sentencia¹²⁵.

Sin embargo, este no es el único aspecto respecto del cual se ha venido protegiendo el derecho al agua. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos -en adelante, CIDH- ha proferido una serie de informes e investigaciones preparatorias sobre contaminación de las fuentes hídricas en territorios de comunidades étnicas como consecuencia del desarrollo de actividades extractivas.

En su informe sobre la *“Situación de derechos humanos en el Ecuador”* (1997), la CIDH se refirió al caso de aproximadamente 500 mil personas integrantes de varias etnias indígenas milenarias -quichuas, shuar, huaoranis, secoyas, sionas, shiwiari, cofanes y achuar- que vivían en sectores de desarrollo petrolero y extractivo, y que consideraban en peligro su vida y su salud, dado que las actividades de explotación en sus comunidades o en zonas aledañas habían

¹²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yakyé Axa contra Paraguay.

¹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Sawhoyamaxa contra Paraguay.

¹²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Xákmok Kásek contra Paraguay. En aquella ocasión, el Tribunal Interamericano concluyó que: *“la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad se debe, inter alia, a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física. Asimismo, quedó demostrado el hecho de que la declaratoria de reserva natural privada sobre parte del territorio reclamado por la Comunidad no tomó en cuenta su reclamo territorial ni tampoco fue consultada sobre dicha declaratoria”*.

contaminado el agua que ellos usaban para beber, cocinar y bañarse, el suelo que cultivaban para producir sus alimentos y el aire que respiraban.

Asimismo en su informe sobre “*Acceso a la Justicia e Inclusión Social en Bolivia*” (2007), la CIDH hizo referencia a la contaminación de las aguas del Río Pilcomayo en los departamentos de Potosí y Tarija, indicando que la misma afectaba tanto a indígenas como a otras comunidades étnicas y campesinos cuyas actividades agrícolas y/o actividades de subsistencia como la pesca, se habían visto seriamente disminuidas dada la cantidad de desechos tóxicos de metales y otros elementos producidos como consecuencia de actividades extractivas.

En ambos casos, la CIDH recordó a los Estados que el derecho a una vida en condiciones dignas se encuentra incluido en la Convención Americana y que teniendo conocimiento de la grave situación que están padeciendo las personas que viven en zonas aledañas a ríos y quebradas contaminadas como consecuencia de los proyectos de explotación de recursos, era su deber adoptar todas las medidas a su alcance para mitigar los daños que se están produciendo en el marco de las concesiones por él otorgadas, así como imponer las sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las normas ambientales y/o penas respectivas¹²⁶.

5.46. Ahora bien, descendiendo a la jurisprudencia constitucional en la materia y en atención a que uno de los problemas centrales del caso objeto de estudio compromete el derecho fundamental al agua de las comunidades étnicas del Chocó, a continuación se reiterarán brevemente los principales criterios jurisprudenciales que ha fijado la Corte Constitucional en relación con este derecho fundamental desde la sentencia **T-570 de 1992** y la **T-740 de 2011** hasta la **C-035 de 2016**, siguiendo la categorización de acceso al agua establecida por el Comité DESC, esto es, de acuerdo con las obligaciones de **disponibilidad, accesibilidad y calidad**.

5.47. En efecto, en sintonía con los antecedentes expuestos anteriormente la jurisprudencia de esta Corporación también ha reconocido que *el agua es un recurso vital para el ejercicio de derechos fundamentales al ser humano y para la preservación del ambiente*¹²⁷. De esta forma, ha establecido que (i) el agua en cualquiera de sus estados es un recurso natural insustituible para el mantenimiento de la salud y para asegurar la vida del ser humano¹²⁸; (ii) el agua es patrimonio de la nación, un bien de uso público y un derecho fundamental¹²⁹; (iii) se trata de un elemento esencial del ambiente, y por ende su preservación, conservación, uso y manejo están vinculados con el derecho que tienen todas las

¹²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2015. Capítulo 4A: “*El Acceso al agua en las Américas. Una aproximación al derecho humano al agua en el Sistema Interamericano*”.

¹²⁷ Corte Constitucional, sentencia T-740 de 2011.

¹²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-570 de 1992, T-379 de 1995, C-431 de 2000, T-608 de 2011 y T-740 de 2011.

¹²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-888 de 2008, T-381 de 2009, T-055 de 2011, C-220 de 2011 y T-740 de 2011.

personas a gozar de un ambiente sano¹³⁰; (iv) el derecho al agua potable destinada al consumo humano es un derecho fundamental, en tanto su afectación lesiona gravemente garantías fundamentales, entre otras, a la vida digna, la salud y el medio ambiente¹³¹.

5.48. De igual forma, este Tribunal ha indicado que del derecho al agua se derivan una serie de deberes correlativos a cargo del Estado, dentro de los cuales se destacan: (i) garantizar la disponibilidad, accesibilidad y calidad del recurso¹³²; (ii) expedir leyes dirigidas a la realización de los derechos fundamentales al agua y a un ambiente sano en todos los órdenes -social, económico, político, cultural, etc.-, no solamente en el contexto de controversias subjetivas que se sometan a la jurisdicción¹³³; (iii) ejercer un control sumamente riguroso sobre las actividades económicas que se desarrollan en sitios que por expresión natural son fuentes originales de agua¹³⁴.

5.49. Así las cosas, la Sala estima que el derecho fundamental al agua se hace efectivo mediante el cumplimiento de las obligaciones del Estado de garantizar la protección y subsistencia de las fuentes hídricas, así como la *disponibilidad, accesibilidad y calidad del recurso*. Asimismo, para que el Estado pueda cumplir con dichas obligaciones, es necesario que se brinde protección especial a los ecosistemas que producen tal recurso como los bosques naturales, los páramos y los humedales, al ser estos últimos una de las principales fuentes de abastecimiento de agua en el país, especialmente en las ciudades grandes y medianas. Lo anterior resulta de mayor relevancia si tiene en cuenta que Colombia no tiene garantizado el suministro permanente y continuo del recurso hídrico para todos los municipios del país¹³⁵.

5.50. En suma, la jurisprudencia reseñada permite concluir que si bien el derecho al agua no está previsto en la Constitución como un derecho fundamental, la Corte Constitucional sí lo considera como tal por cuanto hace parte del núcleo esencial de derecho a la vida en condiciones dignas no solo cuando está destinado al consumo humano **sino en tanto es parte esencial del medio ambiente y resulta necesaria para la vida de los múltiples organismos y especies que habitan el planeta y, por supuesto, para las comunidades humanas que se desarrollan a su alrededor, como se ha visto en este capítulo**. En este sentido, reitera la Sala, el derecho al agua tiene una doble dimensión en tanto derecho fundamental como servicio público esencial. En particular, esto es de especial relevancia para los grupos étnicos en la medida en que la preservación de las fuentes de agua y el abastecimiento de la misma en condiciones dignas es esencial para la supervivencia de las culturas indígenas y

¹³⁰ Corte Constitucional, sentencia T-411 de 1992, T-379 de 1995, T-608 de 2011 y T-740 de 2011.

¹³¹ Corte Constitucional, sentencia T-888 de 2008, T-381 de 2009, T-614 de 2010, T-055 de 2011, T-740 de 2011 y C-035 de 2016.

¹³² Corte Constitucional, sentencias T-570 de 1992, T-539 de 1993, T-244 de 1994, T-523 de 1994, T-092 de 1995, T-413 de 1995, T-410 de 2003, T-1104 de 2005, T- 270 de 2007, T-381 de 2009, T-546 de 2009, T-143 de 2010, T-614 de 2010, T-740 de 2011 y C-035 de 2016 entre otras.

¹³³ Corte Constitucional, sentencia C-220 de 2011 y T-500 de 2012.

¹³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-523 de 1994, T-766 de 2015, C-035 de 2016 y C-273 de 2016, entre otras.

¹³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-035 de 2016.

tribales, desde una perspectiva biocultural.

b.- La protección de los bosques y la seguridad alimentaria de las comunidades étnicas.

5.51. Ahora bien, respecto de la protección del agua, los bosques, y la seguridad y soberanía alimentaria, como se ha referido, desde temprana jurisprudencia la Corte ha señalado que están íntimamente relacionadas al ser interdependientes, razón por la cual, la preservación del ambiente, el resguardo de los ecosistemas marinos y terrestres, la protección de la flora y la fauna, la defensa ambiental de las especies animales y vegetales, y la garantía de una soberanía alimentaria son mandatos imperativos en cabeza de las autoridades y los habitantes de todo el territorio nacional. En este sentido, como ya se señaló al principio del capítulo 5, estos derechos están protegidos por la cláusula general del derecho al medio ambiente sano y por la denominada Constitución Ecológica que ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial. Por esta razón, primero se harán algunas consideraciones sobre la cláusula general de protección de los derechos de las comunidades étnicas a su territorio y a los recursos naturales allí presentes, y posteriormente se examinará con mayor detenimiento el derecho la soberanía y seguridad alimentaria de las comunidades étnicas que ha tenido un desarrollo reciente.

5.52. En términos generales fue esta preocupación por la protección del medio ambiente y sus recursos, lo que llevó al Constituyente de 1991 a elevar el derecho a un ambiente sano a rango constitucional. El referido deber de protección ambiental buscó entregarle a los jueces de la República las herramientas necesarias para salvaguardar los entornos que conforman el sustrato necesario para garantizar la vida como la conocemos, mediante la preservación y restauración de los recursos naturales que aún perviven¹³⁶.

Ejemplo de tal interpretación está presente en la sentencia **C-431 de 2000**, que respecto al derecho al ambiente sano explicó que *“el tema ambiental constituyó, sin lugar a dudas, una seria preocupación para la Asamblea Nacional Constituyente, pues ninguna Constitución moderna puede sustraer de su normatividad el manejo de un problema vital, no sólo para la comunidad nacional, sino para toda la humanidad; por ello, se ha afirmado con toda razón, que el ambiente es un patrimonio común de la humanidad y que su protección asegura la supervivencia de las generaciones presentes y futuras”*¹³⁷.

Así las cosas, es claro que la Constitución proporciona un catálogo de deberes contiguo al reconocimiento de derechos, los cuales deben propender por que en

¹³⁶ Corte Constitucional, sentencias T-411 de 1992, C-431 de 2000, T-282 de 2012, T-606 de 2015, entre otras.

¹³⁷ Como complemento de lo anterior, la Corte agregó que *“como testimonio y afirmación de su voluntad por establecer los mecanismos para preservar un ambiente sano, en la Asamblea Nacional Constituyente se expresó lo siguiente: La protección al medio ambiente es uno de los fines del Estado Moderno, por lo tanto toda la estructura de éste debe estar iluminada por este fin, y debe tender a su realización. La crisis ambiental es, por igual, crisis de la civilización y replantea la manera de entender las relaciones entre los hombres. Las injusticias sociales se traducen en desajustes ambientales y éstos a su vez reproducen las condiciones de miseria”*.

el menor tiempo posible se logre una transformación sustancial de las relaciones con la naturaleza. Lo anterior puede lograrse si se replantea el entendimiento que tiene el hombre de los ecosistemas que lo rodean desde una mirada económica y jurídica. Sobre esta situación la Corte ha manifestado lo siguiente:

“Desde el plano económico, el sistema productivo ya no puede extraer recursos ni producir desechos ilimitadamente, debiendo sujetarse al interés social, al ambiente y al patrimonio cultural de la Nación; encuentra además, como límites el bien común y la dirección general a cargo del Estado. En el plano jurídico el Derecho y el Estado no solamente deben proteger la dignidad y la libertad del hombre frente a otros hombres, sino ante la amenaza que representa la explotación y el agotamiento de los recursos naturales; para lo cual deben elaborar nuevos valores, normas, técnicas jurídicas y principios donde prime la tutela de valores colectivos frente a valores individuales”¹³⁸.

5.53. En este orden de ideas, debe la Sala señalar que la jurisprudencia constitucional reciente¹³⁹ ha establecido que **el derecho a la alimentación**, es un derecho fundamental reconocido por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁴⁰. Entre los principales se encuentra el **Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales -PIDESC-** que consagra en su artículo 11.1, el deber de los Estados de reconocer a toda persona una calidad de vida adecuada incluyendo una sana alimentación y el derecho fundamental de toda persona a ser protegida contra el hambre.

Por su parte, el Comité del PIDESC, como órgano competente para la interpretación del mencionado instrumento, en su **Observación General Núm. 12**, estableció que el derecho a la alimentación adecuada se ejerce “cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla”. Esta Observación General reconoce que para erradicar el problema del hambre y la malnutrición, no basta con incrementar la producción de alimentos, sino que también es necesario garantizar que la población más vulnerable tenga disponibilidad y acceso a ellos. Por eso, el Comité precisó que el derecho a la alimentación tiene cuatro componentes: a) la disponibilidad, b) la accesibilidad, c) la estabilidad y d) la utilización de los alimentos¹⁴¹.

¹³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-339 de 2002.

¹³⁹ Al respecto consultar las sentencias T-348 de 2012, C-644 de 2012 y T-606 de 2015.

¹⁴⁰ La Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (párrafo), la Convención sobre Derechos del Niño de 1989 (artículos 6 y 24), la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 (artículo 28), el Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de “San Salvador” de 1988 (artículo 12), entre otros. Sobre el derecho a la alimentación concretamente, pueden mencionarse los siguientes: Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición de 1974, la Declaración Mundial sobre la Nutrición de 1992, la Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial de 1966, la Resolución 2004/19 de la Asamblea general de las Naciones Unidas y las Directrices Voluntarias de la FAO de 2004.

¹⁴¹ Respecto de los dos primeras componentes, la Observación General No. 12, señala que por disponibilidad “se entienden las posibilidades que tiene el individuo de alimentarse ya sea directamente, explotando la tierra productiva u otras fuentes naturales de alimentos, o mediante sistemas de distribución, elaboración y de comercialización que funcionen adecuadamente y que puedan trasladar los alimentos desde el lugar de producción a donde sea necesario según la demanda”; y la accesibilidad hace referencia a que los individuos tengan acceso a alimentos adecuados, tanto en términos económicos como físicos. Tanto la disponibilidad de alimentos como el acceso sostenible a ellos, están determinados, entre otros factores, por las condiciones de

En términos generales, en relación con el derecho a la alimentación a nivel global, las comunidades que se dedican a las economías tradicionales de subsistencia, en su mayoría indígenas, étnicas y rurales, se han enfrentado, por un lado, a un gran crecimiento y tecnificación de la industria de producción de alimentos, y por otro, a la exploración y explotación de recursos naturales para la realización de megaproyectos de desarrollo lo que ha puesto en peligro su subsistencia o bien por desplazamiento de sus territorios o por contaminación de las fuentes naturales. En consecuencia, las dos situaciones han ocasionado un detrimento en las prácticas tradicionales de agricultura y/o acuicultura, provocando el aislamiento del oficio y producción de comunidades tradicionales del mercado de alimentos, y con ello, la afectación de las economías tradicionales de subsistencia.

Así, el denominado desarrollo sostenible debe ir en armonía no solo con una planificación eficiente sobre la explotación de los recursos naturales para preservarlos para las generaciones siguientes, sino que también debe contar con una función social, ecológica y acorde con intereses comunitarios y la preservación de valores históricos y culturales de las poblaciones más vulnerables.

Es precisamente en el marco de las consideraciones anteriores que se ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto del derecho a la alimentación, dado que como se mencionó al inicio de este acápite, el derecho al ambiente sano, los derechos bioculturales y el desarrollo sostenible están atados al reconocimiento y a la protección especial de los derechos de las comunidades agrícolas, sean indígenas, étnicas o campesinas, a trabajar y subsistir de los recursos que les ofrece el entorno donde se encuentran, y sobre el que garantizan su derecho a la alimentación. Las prácticas y actividades que desarrollan tradicionalmente hacen parte de su desarrollo de vida y, de alguna manera, esa relación entre el oficio, las tradiciones y el espacio en el que lo desarrollan y subsisten, los constituye como comunidades con una misma identidad cultural¹⁴².

La Corte ha estudiado este tema en algunas sentencias de las que se presentará un breve recuento.

5.54. De este modo, en la sentencia **C-262 de 1996**, en la que la Corte Constitucional revisó la Ley 243 de 1995 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales”. En esta providencia la Corte consideró que era necesario proteger las prácticas tradicionales de producción de comunidades étnicas, como las indígenas, negras y campesinas, por la especial relación que existe entre ellas y los recursos naturales con los que ejercen su oficio, teniendo particular atención con el

sostenibilidad ambiental, las cuales se aseguran si existe una gestión pública y comunitaria prudente de los recursos que aseguren la disponibilidad de alimentos a las generaciones presentes y futuras.

¹⁴² Corte Constitucional, sentencias T-652 de 1998, T-348 de 2012, C-644 de 2012 y T-606 de 2015.

imperativo deber constitucional de resguardar y preservar la diversidad cultural y biológica de la Nación.

Adicionalmente la Corte estableció, como criterio para resaltar, la relación de subsistencia que tienen las comunidades étnicas y campesinas con los recursos naturales, y en esa medida, llamó la atención sobre la necesidad de que en los proyectos o decisiones sobre desarrollo sostenible, se dé prevalencia a los intereses de estas comunidades cuando su alimento depende de los recursos que explotan y producen tradicionalmente.

5.55. Otra decisión que tiene una especial relevancia es la sentencia **T-574 de 1996**, en la que conoció de una acción de tutela interpuesta por una comunidad afrocolombiana de pescadores de Salahonda (Nariño), que alegaban la vulneración de sus derechos a la libertad de oficio y a la ecología marítima, debido a las consecuencias perjudiciales que se generaron por el vertimiento de petróleo en las aguas donde desarrollaban su oficio de pesca, causado por la falta de mantenimiento de unas mangueras submarinas de propiedad de la empresa Ecopetrol S.A. En este caso, la Corte señaló que el Estado debía garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el ambiente con el fin de proteger la diversidad e integridad ecológica y social y para planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

En esa medida, concluyó la Corte que el desarrollo sostenible es un proceso para mejorar las condiciones económicas, sociales y mantener los recursos naturales y la diversidad, que debe propender por garantizar la **sostenibilidad social** la cual *“pretende que el desarrollo eleve el control que la gente tiene sobre sus vidas y se mantenga la identidad de la comunidad”*; y la **sostenibilidad cultural**, que *“exige que el desarrollo sea compatible con la cultura y los valores de los pueblos afectados”*.

5.56. Finalmente, en las sentencias **T-348 de 2012**¹⁴³ y **T-606 de 2015**¹⁴⁴, se amparó el concepto de soberanía alimentaria en comunidades vulnerables, desde la perspectiva de las comunidades étnicas, indígenas y rurales que subsisten del cultivo, producción y distribución de alimentos obtenidos de la naturaleza y en particular señalan que: *“la soberanía alimentaria, comprende, no solo la libre potestad de los Estados y los pueblos de determinar sus procesos de producción de alimentos; también implica que esos procesos de producción garanticen el respeto y la preservación de las comunidades de producción artesanales y de pequeña escala, acorde con sus propias culturas y la diversidad de los modos campesinos y pesqueros”*.

¹⁴³ Por la cual se resolvió positivamente la tutela presentada por una asociación de pescadores artesanales frente a las obras de cerramiento del área donde realizan su actividad para construcción de obras públicas, amparándose sus derechos fundamentales a la participación, a la alimentación, al trabajo, la libre escogencia de profesión u oficio y a la dignidad humana

¹⁴⁴ En la que se resolvió tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, la vida, a la seguridad alimentaria, a la participación, al trabajo y a la dignidad humana de los miembros de la Cooperativa de pescadores de Barlovento y demás pescadores artesanales del Parque Nacional Natural Tayrona.

5.57. Por otra parte, debe señalarse que tanto la jurisprudencia constitucional como la del Sistema Interamericano han establecido que el derecho de las comunidades étnicas sobre sus territorios ancestrales va más allá de la demarcación e incluye el derecho que tienen al uso y respeto de los recursos naturales, como son los *bosques, animales, ríos, lagos y lagunas*. De esta manera, el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos que en ellas se encuentran está directamente vinculado con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia¹⁴⁵.

En particular, la Corte Interamericana ha encontrado que las fuentes naturales de agua son muchas veces los únicos lugares donde los pueblos indígenas pueden acceder a este elemento e incluso obtener de ahí muchos de sus alimentos. En efecto, ese Tribunal reconoció en el caso del **Pueblo Saramaka contra Surinam (2007)** que la importancia del agua limpia para que los pueblos indígenas y tribales puedan realizar actividades esenciales como la pesca. Siendo así es deber de los Estados proteger el territorio indígena de actividades extractivas que signifiquen un perjuicio para su derecho a la propiedad y a la subsistencia. Si bien ello no significa que no puedan realizarse estas actividades, se debe tener en cuenta que la propiedad de las comunidades étnicas y sus recursos tienen una protección especial, que ciertamente comprende el derecho al agua, a la protección de los bosques y a la alimentación.

En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que las actividades extractivas, como las madereras, pueden crear graves afectaciones a las fuentes de agua para consumo como los ríos o arroyos. En consecuencia, los Estados tienen la obligación de que estas actividades no priven de las fuentes de agua potable para que los miembros de las comunidades étnicas tengan acceso al agua necesaria para beber, cocinar, bañarse, lavar, irrigar, regar y pescar¹⁴⁶.

5.58. A modo de breve conclusión del presente capítulo debe señalarse que tanto la jurisprudencia constitucional como los instrumentos de derecho internacional que han sido ratificados por Colombia como otros instrumentos adicionales no vinculantes sobre los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades étnicas aquí reseñados, han consolidado el desarrollo de un *enfoque integral de protección que ha contribuido a amparar tanto la diversidad biológica como la diversidad cultural de la nación* reconociendo las profundas interrelaciones de los pueblos indígenas y las comunidades negras con el territorio y los recursos naturales.

En este mismo sentido, la diversidad biocultural como enfoque, basada, como se vio, en una *perspectiva ecocéntrica*, implica que las políticas, normas e

¹⁴⁵ CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. De igual forma ver sentencias C-200 de 1999, C-671 de 2001, C-595 de 2010, C-632 de 2011, T-348 de 2012, C-644 de 2012, C-123 de 2014, T-606 de 2015.

¹⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No 172.

interpretaciones sobre conservación de la biodiversidad reconozcan el vínculo e interrelación que existe entre cultura y naturaleza, extiendan la participación de las comunidades étnicas en la definición de políticas públicas y marcos de regulación, y garanticen las condiciones conducentes a la generación, conservación y renovación de sus sistemas de conocimiento, en el marco de un ESD.

En suma, la importancia de la diversidad biológica y cultural de la nación para las próximas generaciones y la supervivencia del planeta plantea a los Estados la necesidad de adoptar políticas públicas integrales sobre conservación, preservación y compensación que tomen en cuenta la interdependencia entre la diversidad biológica y cultural. Así las cosas, la diversidad biocultural representa el enfoque más integral y comprensivo de la diversidad étnica y cultural de cara a su protección efectiva.

6. Derecho a la supervivencia física, cultural y espiritual de las comunidades étnicas. Derechos territoriales y culturales.

6.1. Antes de continuar con el análisis propuesto, la Sala considera pertinente referir una breve nota histórica sobre la forma en que se asentaron las comunidades étnicas en la región objeto del caso concreto, de acuerdo al relato que de estos hechos hicieron las propias comunidades en la inspección judicial realizada en Quibdó y el Departamento de Antropología de la Universidad de Los Andes. Posteriormente, continuará con el análisis propuesto respecto de los derechos territoriales y culturales de las comunidades étnicas.

6.2. En el caso del Chocó, la historia del poblamiento de las zonas rurales, principalmente durante el siglo XIX permite comprender el tipo de distribución dispersa sobre los ríos que caracterizan la región. Los asentamientos hacen del río un espacio central en todas las actividades económicas, domésticas y socioculturales de los pobladores locales. *“Incluso, el río constituye el principal factor de identidad cultural de esta región”*¹⁴⁷.

De acuerdo al informe en mención, las casas se han construido sobre pilotes en lo largo de los ríos, todo el transporte se basa en la movilidad por este mismo medio, mientras la pesca constituye una de las prácticas productivas más importantes para la alimentación local además de ser fuente de ingresos. Las mujeres lavan la ropa y los utensilios de cocina en el río y de allí recogen el agua para consumir. Para los niños es el principal lugar de recreación y socialización: *“el río viene a ser el espacio social de las interacciones humanas cotidianas en tanto constituye la referencia simbólica de identidad de los individuos y de los grupos que viven a sus orillas”*¹⁴⁸. Asimismo el río constituye la más importante de las referencias geográficas. La procedencia de cada quien se señala por el río en el cual vive. Más que hacer referencia a un pueblo o

¹⁴⁷ Intervención presentada por el Departamento de Antropología de la Universidad de Los Andes. Cuaderno de pruebas Núm. 4, folios 1503 a 1513.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

vereda, lo que se menciona es el río. En efecto, existe una relación cercana e íntima entre el individuo y su río, lo que se observa en expresiones como “*no le gusta salir de su río o cuando yo vuelva a mi río*”¹⁴⁹. En esta configuración el río representa una noción de hogar, un fuerte sentimiento de pertenencia lleno de valores simbólicos, territoriales y culturales.

6.3. Como complemento de lo anterior debe agregarse que la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha reconocido que los pueblos indígenas, tribales y afrocolombianos tienen un concepto del territorio y de la naturaleza que resulta ajeno a los cánones jurídicos de la cultura occidental¹⁵⁰. Para estas comunidades, como se ha visto, **el territorio -y sus recursos- está íntimamente ligado a su existencia y supervivencia desde el punto de vista religioso, político, social, económico e incluso hasta lúdico; por lo que no constituye un objeto de dominio sino un elemento esencial de los ecosistemas y de la biodiversidad con los que interactúan cotidianamente (v.gr. ríos y bosques)**. Es por ello que para las comunidades étnicas el territorio no recae sobre un solo individuo -como se entiende bajo la concepción clásica del derecho privado- sino sobre todo el grupo humano que lo habita, de modo que adquiere un carácter eminentemente colectivo.

Por su parte, no puede dejar de observarse que para las comunidades étnicas los territorios -particularmente, en los que se han asentado ancestralmente- y los recursos naturales presentes en ellos no tienen una valoración o representación en términos económicos o de mercado; todo lo contrario, están íntimamente ligados a su existencia y supervivencia como grupos culturalmente diferenciados, desde el punto de vista religioso, político, social y económico. Por esta razón, el reconocimiento de los derechos a la propiedad, posesión y uso de las tierras y territorios ocupados ancestralmente de forma colectiva es fundamental para su permanencia y supervivencia.

6.4. Así por ejemplo, en sentencia **SU-383 de 2003**, la Corte reiteró la importancia de la especial relación que tienen las comunidades étnicas con sus territorios, al indicar que la concepción territorial de los pueblos indígenas y tribales no concuerda con la visión de ordenamiento espacial que maneja el resto de la nación colombiana “*porque para el indígena, la territorialidad no se limita únicamente a una ocupación y apropiación del bosque y sus recursos, pues la trama de las relaciones sociales trasciende el nivel empírico y lleva a que las técnicas y estrategias de manejo del medio ambiente no se puedan entender sin los aspectos simbólicos a los que están asociadas y que se articulan con otras dimensiones que la ciencia occidental no reconoce*”¹⁵¹.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ Corte Constitucional, sentencias T-652 de 1998, SU-383 de 2003, T-955 de 2003, T-547 de 2010, C-595 de 2010, T-693 de 2011, T-384A de 2014 y C-449 de 2015, entre otras.

¹⁵¹ Respecto del concepto de territorio para los pueblos indígenas, la Corte precisó lo siguiente: “*de ahí que el profesor e investigador de la Universidad Nacional, Juan Alvaro Echeverri, defina el vocablo territorio, atendiendo a la cosmovisión indígena así: Entonces tenemos que el territorio es un espacio y es un proceso que lleva a la configuración de una palabra de ley, entendida como palabra de consejo, educación. Ese espacio no es necesariamente un espacio geográfico marcado por afloramientos rocosos, quebradas, lomas, cananguchales, pozos, barrancos. Ese espacio geográfico es memoria, es efectivamente escritura de ese proceso de creación que*

6.5. De igual forma, en la sentencia **T-955 de 2003**, esta Corporación señaló que el concepto de “territorio colectivo”, incluidos los recursos naturales que lo conforman, también es predicable de las comunidades negras, por cuanto el derecho de dichas comunidades sobre su territorio colectivo se funda en la Carta Política y en el Convenio 169 de la OIT, sin perjuicio de la delimitación de sus tierras a que se refiere la Ley 70 de 1993, “*en tanto ésta resulta definitiva e indispensable para que dichas comunidades puedan ejercer las acciones civiles a que da lugar el reconocimiento constitucional*”.

A lo anterior agregó la Corporación que el derecho de propiedad colectiva en comento comprende “*la facultad de las comunidades negras de usar, gozar y disponer de los recursos naturales renovables existentes en sus territorios, con criterios de sustentabilidad. Es decir que desde el año de 1967, en los términos de la Ley 31, a las comunidades negras nacionales, en cuanto pueblos tribales, les fue reconocido el derecho a la propiedad colectiva de los territorios que ocupan ancestralmente y, por ende, las facultades de uso y explotación de sus suelos y bosques, esto último, por ministerio de la ley o previa autorización de la autoridad ambiental, en los términos del Código de Recursos Naturales*”¹⁵².

6.6. Adicionalmente, la Corte Interamericana en relación con el *concepto colectivo de la propiedad de los territorios de comunidades étnicas*, en el caso de la **Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni (2001)**, consideró que el concepto comunal de la tierra -inclusive como lugar espiritual- y sus recursos naturales forman parte de su derecho consuetudinario; su vinculación con el territorio, aunque no esté escrita, integra su vida cotidiana, y el propio derecho a la propiedad comunal posee una dimensión cultural. En suma, el hábitat forma parte integrante de su cultura, transmitida de generación en generación¹⁵³.

6.7. En este orden de ideas, una vez descrita la profunda y especial relación entre comunidades étnicas, recursos naturales, territorio y cultura se pasa a hacer algunas consideraciones sobre lo que el constitucionalismo colombiano ha denominado la **Constitución Cultural**.

está ocurriendo todo el tiempo: en la crianza de los hijos, en las relaciones sociales, en la resolución de problemas, en la curación de las enfermedades”.

¹⁵² A este mismo respecto, el Tribunal puntualizó que “*el Congreso Nacional acogió, la comprensión de los bosques y suelos en la propiedad colectiva que la Carta Política les reconoce a las comunidades negras, reafirmando la función social y ecológica de dicha propiedad. Al parecer de la Sala las provisiones anteriores regulan en forma puntual el derecho de propiedad colectiva de las comunidades negras, a las tierras que tradicionalmente ocupan, reconocido inicialmente en la Ley 31 de 1967 y referendado por el Convenio 169 de la OIT y el artículo 55 transitorio de la Carta, de tal manera que son éstas las únicas propietarias de la flora existente en sus territorios, y quienes pueden extraer y aprovechar los productos de sus bosques.*”

¹⁵³ Corte IDH, sentencia de agosto 31 de 2001. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. En sentido complementario, el Tribunal expresó lo siguiente: “*consideramos necesario ampliar este elemento conceptual con un énfasis en la dimensión intertemporal de lo que nos parece caracterizar la relación de los indígenas de la Comunidad con sus tierras. Sin el uso y goce efectivos de estas últimas, ellos estarían privados de practicar, conservar y revitalizar sus costumbres culturales, que dan sentido a su propia existencia, tanto individual como comunitaria. El sentimiento que se desprende es en el sentido de que, así como la tierra que ocupan les pertenece, a su vez ellos pertenecen a su tierra. Tienen, pues, el derecho de preservar sus manifestaciones culturales pasadas y presentes, y el de poder desarrollarlas en el futuro.*”

La obligación de protección y defensa del patrimonio cultural de la nación se edifica como un imperativo para las autoridades públicas e incluso para los particulares. Al respecto, esta Corporación ha sostenido que la identidad cultural es la manifestación de la diversidad de las comunidades y la expresión de la riqueza humana y social, lo cual constituye un instrumento de construcción y consolidación de sociedades organizadas, encaminadas al mejoramiento de sus relaciones.

6.8. La cultura fue reconocida por el Constituyente de 1991 como un pilar que requiere especial protección, fomento y divulgación del Estado. Es amplio el conjunto de normas constitucionales que protegen la diversidad cultural como valor fundamental de la nación colombiana, erigiéndose de esta forma el denominado eje de la “Constitución Cultural”, que al igual que la *ecológica* parte de una interpretación sistemática, axiológica y finalista, de las varias disposiciones a las que la Corte se refirió en la sentencia **C-742 de 2006**¹⁵⁴.

El *corpus iuris* de disposiciones que integran el concepto de *Constitución Cultural* muestra que, efectivamente, la protección del patrimonio cultural de la nación tiene especial relevancia en la Constitución, en tanto que éste constituye un signo o una expresión de la cultura humana, de un tiempo, de circunstancias o modalidades de vida que se reflejan en el territorio, pero que desbordan sus límites y dimensiones. Entonces, la salvaguarda estatal del patrimonio cultural de la nación tiene sentido en cuanto, después de un proceso de formación, transformación y apropiación, expresa la identidad de un grupo social en un momento histórico.

De igual manera, si bien los artículos 8º y 70 Superiores consagraron el deber del Estado de proteger las riquezas culturales de la Nación y promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los ciudadanos, no señalaron fórmulas precisas para llegar a ese cometido, de ahí que deba entenderse que el Constituyente dejó al legislador o al ejecutivo a cargo de esa reglamentación.

¹⁵⁴ En aquella oportunidad, esta Corporación refirió el compendio de normas que integran la denominada Constitución Cultural: “(...) el artículo 2º superior, señaló como fin esencial del Estado el de facilitar la participación de todos en la vida cultural de la Nación. Los artículos 7º y 8º de la Carta dispusieron la obligación del Estado de proteger la diversidad y riquezas culturales de la Nación. El artículo 44 define la cultura como un derecho fundamental de los niños. El artículo 67 señalaron que la educación es un derecho que busca afianzar los valores culturales de la Nación. El artículo 70 de la Constitución preceptúa que el Estado tiene la obligación de promover y fomentar el acceso a la cultura de los colombianos, en tanto que la cultura y/o los valores culturales son el fundamento de la nacionalidad colombiana. En esta misma línea, el artículo 71 de la Constitución dispuso que el Estado creará incentivos para fomentar las manifestaciones culturales. Ahora, la protección de los recursos culturales no sólo es una responsabilidad a cargo del Estado sino que también es un deber de los ciudadanos, en los términos previstos en el artículo 95, numeral 8º, superior. De todas maneras, los artículos 311 y 313, numeral 9º, de la Carta encomiendan, de manera especial, a los municipios, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes. Por su parte, el artículo 333 superior autorizó al legislador a limitar válidamente la libertad económica cuando se trata de proteger el patrimonio cultural de la Nación. Y, finalmente, con especial relevancia para el análisis del asunto sometido a estudio de esta Corporación, recuérdese que el artículo 72 de la Carta dispuso que “el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado, pero que sólo “el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles”.

6.9. De la referencia normativa citada se aprecia cómo el modelo implementado en la Carta de 1991 propicia el estudio de la *Constitución Cultural*, ámbito dentro del cual se encuentran las ideas, creencias, conductas, mitos, sentimientos, actitudes, actos, costumbres, instituciones, códigos, bienes, formas artísticas y lenguajes propios de todos los integrantes de la sociedad; en otras palabras, de la riqueza cultural de la nación. En este sentido, es conveniente reiterar lo expresado por esta Corporación en la sentencia **C-639 de 2009**, en la que puntualizó lo siguiente:

“Con la expresión derechos culturales se designa la subclase de derechos humanos en el ámbito de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que comprende los derechos y libertades fundamentales, los derechos de prestación y las determinaciones constitucionales de los fines del Estado en materia cultural, cuya pretensión es la búsqueda de la propia identidad personal y colectiva que ubique a la persona en su medio existencial en cuanto a su pasado (tradición y conservación de su patrimonio histórico y artístico), presente (admiración, creación y comunicación cultural) y futuro (educación y progreso cultural, investigación científica y técnica, y la protección y restauración del medio ambiente)”.

Concatenado con lo anterior, es adecuado afirmar que el paso hacia un Estado social de derecho conlleva axiomáticamente el reconocimiento y puesta en marcha de los denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales -DESC-.

6.10. Prerrogativas que encuentran respaldo en herramientas internacionales, las cuales se constituyen en criterios de interpretación relevantes para la determinación de contenido del derecho a la cultura, como la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural (2001), en la que se reconoce que la cultura está compuesta de formas diversas por medio del tiempo y el espacio, y que esa diversidad cultural es patrimonio común de la humanidad. Derechos culturales que se reflejan y retroalimentan de los derechos humanos, universales e indisolubles.

Sobre este particular, la Corporación en sentencia **C-434 de 2010** manifestó que la *Observación General Núm. 21* del Comité DESC sobre el derecho de todas las personas a tomar parte en la vida cultural, reconoce que la plena promoción y respeto de los derechos culturales es esencial para el mantenimiento de la dignidad humana y para la interacción social entre individuos y comunidades en un mundo diverso y multicultural. Este documento también aclara que del derecho a participar en la vida cultural -artículo 15 del PIDESC- se derivan las siguientes obligaciones del Estado:

“(i) no obstruir la participación, (ii) asegurar las condiciones para la participación, (iii) facilitar tal participación, y (iv) promover la vida cultural, el acceso y la protección de los bienes culturales. A esto agrega que el derecho a participar en la vida cultural comprende (a) el derecho a participar en la vida cultural, (b) el derecho a acceder a ella, y (c) el derecho a contribuir a su desarrollo. Para terminar, el Comité indica varias condiciones necesarias para la realización del

derecho de manera equitativa y sin discriminación: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad e idoneidad (cultural)".

De estas disposiciones y documentos se deduce el reconocimiento constitucional del derecho a la cultura, el cual impone al Estado, entre otras, las obligaciones de respetar, proteger, promover y garantizar el acceso, la participación y la contribución de todos a la cultura en un plano de igualdad, en el marco del reconocimiento y respeto de la diversidad étnica y cultural. Estas obligaciones también han sido denominadas derechos culturales.

En este sentido, para la Corte es claro que el concepto de *Constitución Cultural* es parte sustancial de la configuración del Estado social de derecho que conlleva el mandato de proteger el derecho a la cultura como una garantía que determina valores y referentes no solo para quienes hacen parte del presente, sino como un mecanismo de diálogo constante con el pasado y el futuro de las generaciones y su historia.

6.11. En conclusión, es importante resaltar que en la citada cláusula de protección cultural se encuentran incluidas todas las comunidades étnicas colombianas, sus formas de vida, sus costumbres, lenguas y tradiciones ancestrales, así como sus derechos culturales y territoriales y la profunda relación que estas comunidades tienen con la naturaleza, que en el caso objeto de estudio presuntamente están siendo amenazadas por la realización de actividades intensivas de explotación minera ilegal con sustancias químicas tóxicas y maquinaria pesada en la cuenca del río Atrato, afluentes, bosques y territorios de comunidades negras e indígenas, lo que de ser así pondría en inminente riesgo no solo su existencia física, la perpetuación y reproducción de las tradiciones y la cultura ancestral, sino el hábitat y los recursos naturales del lugar en donde se construye, afianza y desarrolla la identidad de las comunidades accionantes como grupos étnicos.

7. La minería y sus efectos sobre el agua, el medio ambiente y las poblaciones humanas: principio de precaución en materia ambiental y en salud. El caso de las comunidades étnicas del Chocó que habitan la cuenca del río Atrato.

Luego haber examinado en el capítulo anterior la relevancia constitucional de la protección de los ríos, los bosques, las fuentes de alimento, el medio ambiente y la biodiversidad en relación con el territorio y la cultura de las comunidades étnicas, en el presente acápite se abordará el estudio preliminar de la actividad minera, en un primer momento, como estrategia estatal de desarrollo (en tanto política minero-energética) y posteriormente, en forma concreta respecto de su ejecución en el departamento del Chocó. Así las cosas, el análisis propuesto se concentrará en (i) el panorama histórico de la minería en Colombia; (ii) la minería en Chocó; y (iii) la aplicación del principio de precaución en materia ambiental y en salud.

Panorama histórico de la actividad minera en Colombia. Antecedentes.

7.1. En el marco de este análisis, en donde la Sala ha precisado el ámbito especial de protección que nuestra Constitución le otorga al medio ambiente, a los recursos naturales y a las comunidades étnicas se hace necesario también examinar, de acuerdo al caso sometido a estudio de la Corte, los estándares constitucionales bajo los cuales se analiza y valora el impacto social, histórico y ambiental que la ejecución de actividades extractivas mineras legales e ilegales puedan llegar a tener sobre los mismos.

En efecto, la actividad minera -legal e ilegal- suscita importantes debates no solo a nivel nacional sino internacional por la profunda tensión constitucional que plantea, en términos generales, entre el derecho al desarrollo de los Estados y el respeto a los derechos fundamentales de las comunidades en donde se desarrollan tales proyectos. A este respecto, y desde una perspectiva global, el profesor Julio Fierro Morales ha señalado que en esta clase de análisis debe tenerse en cuenta la siguiente reflexión:

“La minería en Colombia debe analizarse desde la perspectiva geoestratégica, en la cual el mundo puede ser dividido en términos del mercado global en dos tipos de países: un Norte Global caracterizado por incluir países con altas tasas de crecimiento y necesidades inmediatas de materias primas para ser transformadas y usadas en mercados internos altamente especializados y exportadas con alto valor agregado, y un Sur Global al que pertenecen países pobres, generalmente con altas tasas de inequidad en la distribución del ingreso, los cuales suministran las materias primas en mercados predominantemente manejados por empresas pertenecientes al primer grupo de países.”¹⁵⁵

7.2. En este sentido, debe señalarse que si hay un proceso que está arraigado a la historia del desarrollo de Colombia es el de la extracción minera, que inició con el establecimiento de las colonias mineras españolas en tierra firme en América, la primera, en los campos auríferos de Veraguas (Panamá, 1507), y la segunda, que se llamó Santa María de la Antigua del Darién en el norte del Chocó, en 1510¹⁵⁶, a las que siguió la construcción de algunos puertos adicionales para facilitar el tráfico de esclavos y oro en Cumaná (1520), Santa Marta (1525) y Coro (1527). A partir de este momento, se comenzaron a organizar las más diversas expediciones desde Europa¹⁵⁷, primero con el fin místico de encontrar “El Dorado”, fundado en el imaginario medieval de las ciudades de oro del norte de los Andes, y posteriormente, con el propósito de explotar todos los recursos naturales y minerales posibles, especialmente de oro y platino de las minas halladas, reducir a los indígenas a sus intereses, e introducir la esclavitud mediante la trata de los pueblos y culturas africanas. En esta búsqueda también

¹⁵⁵ Fierro, Julio, *“Políticas mineras en Colombia”*, Instituto Latinoamericano para una sociedad y un derecho alternativo, ILSA, Bogotá, 2012.

¹⁵⁶ Unos años antes, en 1496, los primeros campamentos mineros españoles se asentaron en la Isla de la Española o de Santo Domingo, con mano de obra indígena, desde allí comenzaría a expandirse la insaciable búsqueda y exploración de oro en el continente americano.

¹⁵⁷ Algunas de las más importantes expediciones estuvieron a cargo de Cortés en México (1519); Jiménez de Quesada en Santa Marta y Benalcázar el Alto Cauca (Colombia, 1536); Pizarro en Perú y Bolivia (1542) y Valdivia en Chile (1542), entre otras.

encontraron esmeraldas y sal, así como yacimientos de oro que si bien no se correspondían con esa fuente de riqueza infinita que tanto anhelaban los españoles, sí fueron suficientes para establecer una industria extractiva que define parte de la configuración socio-cultural de nuestro país con base en la mano de obra negra¹⁵⁸.

En este contexto, la Nueva Granada era el mayor productor de oro en el imperio español y fue el primero en el mundo hasta el descubrimiento de Minas de Gerais (Brasil) a fines del siglo XVI. La producción minera en la colonia estaba dominada por Nueva España (México) y Perú, con sus incommensurables minas de plata y por la Nueva Granada y su gran producción de oro y, en menor medida, de plata¹⁵⁹. Tal era la importancia minera que cobraba nuestro país en aquella época que fue registrada junto con los actuales Ecuador y Perú en el primer mapa impreso de la región del que se tenga noticia: el *Peruviae Auriferae Regionis Typus* de 1584, lo cual no deja de ser un registro revelador sobre la profunda identidad aurífera de Colombia. Un país rico en recursos naturales y minerales, que desde la más temprana etapa de la colonia, ya contaba con minas a lo largo y ancho de su territorio. En efecto, las minas de la Nueva Granada - tanto de veta como de aluvión- estaban ubicadas especialmente en los filones de las cordilleras Central y Occidental, en los placeres de los ríos que fluyen hacia el Pacífico (los ríos Atrato y San Juan), el Cauca (la cuenca del río Cauca) y el Magdalena (las regiones altas y medias del río Magdalena)¹⁶⁰.

De estos territorios neogranadinos, uno en particular adquirió gran notoriedad como fuente de oro y de riqueza: el Chocó. De modo que fue inevitable que se contaran historias y se transmitieran mitos de generación en generación que cantaban los fabulosos tesoros que este territorio escondía en su tierra, en sus árboles, en sus montañas y en sus aguas (ríos), lo que lo hizo sumamente atractivo para múltiples intereses de la época y en los siglos por venir. Desde entonces, este departamento ha estado vinculado a la explotación minera, como si ambos hicieran parte de una misma unión indisoluble. Sobre este punto, el acápite dedicado a la minería en Chocó profundizará en diversos aspectos.

Sin embargo, el espectacular desarrollo de la minería en la época colonial fue puramente extractivo y no generó valor agregado alguno para el país o sus territorios. Dentro del esquema económico colonial, los metales preciosos se exportaban directamente a España. Diversas crónicas de la época, como las de Antonio Manso (1729), mariscal de campo y presidente de la Audiencia de Bogotá, así lo confirman: “*Considerando estos largos días, ha trabajado mi discurso en componer cómo se compadece tanta riqueza y abundancia en la*

¹⁵⁸ West, Robert C. “*La minería de aluvión en Colombia durante el período colonial*”, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1972.

¹⁵⁹ Fuentes de la época (en especial Humboldt) indican que el mayor productor de oro en las colonias españolas a finales del siglo XVIII era la Nueva Granada con 18.000 piezas anuales de oro, muy por encima de los Virreinos de Nueva España, Perú y Buenos Aires que por su parte eran muy ricos en plata.

¹⁶⁰ En este tema son relevantes los trabajos de: Díaz, Sebastián, “*Cartografías de El Dorado. Releyendo fragmentos de la historia minera en Colombia*”; y Garrido, Margarita, “*Ordenanzas, dominios y jurisdicciones en las minas de la Nueva Granada durante el siglo XVIII*”, ambos en la compilación de la Universidad Externado de Colombia “*Minería y Desarrollo*”, Bogotá, Tomo 5, 2016.

tierra donde casi todos sus habitantes y vecinos son mendigos (...) Y, aunque parece contradicción haber dicho que del Chocó se saca a cargas el oro y que la gente es pobrísima, no hay ninguna, porque el oro que se saca del Chocó es parte de los dueños de las minas (...) los cuales lo envían a labrar a la Casa de la Moneda para mandarlo acuñado a España”¹⁶¹.

Así las cosas, la mayoría de las regiones mineras importantes de la Nueva Granada se descubrieron y desarrollaron durante el siglo XVI. La producción de oro, sin embargo, declinó en algunas zonas durante la segunda mitad del siglo XVII; por su parte, otros distritos mineros como el Chocó, vieron su mayor explotación en la última parte del período colonial.

Desde la época colonial, el oro constituyó el principal factor de colonización en el Pacífico. Como el interés estaba marcado por los territorios mineros, muchas zonas escaparon del dominio colonial. Para la explotación de este mineral se utilizó la mano de obra esclava a través de cuadrillas de negros. Durante la colonia, la minería descansó sobre la explotación de mano de obra esclava y dependía del control de las élites que habitaban la región andina. Este primer gran ciclo del oro llegó hasta mediados del siglo XIX, con la independencia y la abolición de la esclavitud. A partir de distintos procesos de manumisión, los negros libres se asentaron y dispersaron lejos de toda actividad minera del sistema colonizador. Siguiendo los cursos de los ríos, la línea costera y algunos caminos indígenas fueron ocupando el territorio. Así, el río Atrato y sus afluentes se poblaron paulatinamente por los afrodescendientes, más allá de los reales de minas asentados en la colonia. A partir de entonces, “*se desarrolló un modelo de apropiación territorial caracterizado por el asentamiento disperso de grupos parentales a lo largo de los ríos que ha estado acompañado de un proceso de nucleación lenta. En las zonas medias y bajas, los libres se dedicaron a la pesca y la agricultura. Paralelo a esta colonización los indígenas se replegaron hacia las zonas altas de los ríos*”¹⁶².

Contexto de la minería en Colombia.

7.3. Después de casi 400 años de explotación continua, la actividad minera no ha perdido vigencia en Colombia. Recientes cifras suministradas por la Asociación Nacional de Industriales -ANDI- y de la Asociación Colombiana de Minería -ACM-¹⁶³, (que a su vez tienen como sustento la información de la ANM y la DIAN) sobre el comportamiento de la actividad minera, indican que es un importante sector de la economía colombiana. Señalan que para 2012 el producto interno bruto minero colombiano representó el 2.3% del total del PIB nacional, lo que significa que obtuvo \$10.9 billones y constituyó el 20% del total de las exportaciones de ese año; para 2013 el 1.9%, para 2014 el 2.1%, es decir, \$10.8 billones y constituyó el 16.8% de las exportaciones; para **2015 el 2.0% (\$8.1**

¹⁶¹ Fierro, Julio, *op. cit.*

¹⁶² Fragmento tomado de la Intervención que presentó ante la Corte Constitucional la Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Antropología de la Universidad de los Andes. Folios 1503 y ss.

¹⁶³ Ver, respectivamente, Cuaderno de Pruebas Núm. 4: Intervención ANDI a folios 1469-1487 e Intervención ACM 1643 a 1658.

billones) lo que representó el 17.1% de las exportaciones; finalmente, estiman que para 2016 será del 2.1%.

7.4. Por su parte, de acuerdo con el artículo “*La paradoja de la minería y el desarrollo*” de los investigadores de la Contraloría General de la República, Guillermo Rudas y Jorge Espitia, la producción tanto de hidrocarburos como de los principales productos mineros del país destinados a la exportación -carbón, oro y níquel- se encuentra altamente concentrada en 7 de 32 departamentos. De esta distribución regional de la producción de los principales minerales y de los hidrocarburos, se resaltan las siguientes características particulares: (i) El **petróleo** se concentra en Casanare, con una participación entre 2006 y 2012 del 26% de la producción nacional, y el Meta, con el 21% del total en el mismo período. El 53% restante está distribuido en 17 departamentos, dentro de los cuales los más importantes son Santander y Huila, cada uno con alrededor del diez por ciento de la producción total durante el período, y que no alcanza, entre los dos, a superar la producción del Meta; (ii) El **carbón** se origina mayoritariamente en los departamentos del Cesar y La Guajira, con 48% y 42%, respectivamente, de la producción nacional durante el mencionado período. El 10% restante proviene de 9 departamentos y se destina principalmente al consumo interno; (iii) en el período considerado, el **oro** se producía prioritariamente en Antioquia. Sin embargo, a partir de 2009 el Chocó empieza a incrementar de manera acelerada su producción, llegando a representar desde ese año hasta el 2012 un 39% de la producción nacional, muy cercano al 42% que se sigue concentrando en Antioquia. El 19% restante se distribuye en casi todo el país, cubriendo en total 27 municipios adicionales; finalmente, (iv) la totalidad del **ferro-níquel** se produce únicamente en el departamento de Córdoba y por una única empresa, Cerromatoso S.A. Esta alta concentración de la extracción de cada uno de los minerales y de los hidrocarburos en unos pocos departamentos, permite tener una visión diferenciada del papel que juegan ellos en cada una de las economías regionales¹⁶⁴.

7.5. Ahora bien, respecto de la minería de oro, Colombia continúa como en la colonia, siendo uno de los principales productores a nivel mundial: es el sexto en América Latina y ocupa el puesto 20 como el más grande a nivel mundial con 65 toneladas anuales. En 2012 las exportaciones alcanzaron US\$2.5 mil millones, convirtiendo al oro en el tercer mayor producto colombiano de exportación después del petróleo y del carbón, justo por encima del café. En la actualidad se estima que unos 350.000 colombianos viven de economías vinculadas o derivadas del comercio del oro en 10 departamentos: Antioquia, Chocó, Bolívar, Cauca, Caldas, Córdoba, Nariño, Tolima, Valle del Cauca y Santander¹⁶⁵.

En términos de producción Antioquia y Chocó representan más del 80% del total nacional (que equivale a cerca del 5% de la producción minera), concentrada en

¹⁶⁴ Contraloría General de la República. “*Minería en Colombia. Institucionalidad y territorio, paradojas y conflictos*”, Tomo 2, Imprenta Nacional, 2013.

¹⁶⁵ Massé, F. “*Minería y post conflicto: ¿es posible una minería de oro libre de conflicto en Colombia?*”, en la compilación de la Universidad Externado de Colombia “*Minería y Desarrollo*”, Tomo 4, 2016.

zonas con fuerte presencia de actores armados ilegales, tanto guerrilla como grupos armados post desmovilizados denominados "BACRIM". Otro factor que destaca es que en las grandes regiones de exploración y explotación aurífera viven importantes comunidades étnicas, o bien indígenas o afrocolombianas, y mientras algunas de estas poblaciones se oponen a la explotación del oro en sus territorios, otras viven o subsisten gracias a la actividad minera: lo que genera un conflicto social adicional.

De acuerdo a cifras de la ACM y de la Agencia Nacional de Minería de los 10.061 títulos mineros entregados en Colombia, que representan 5.4 millones de hectáreas, 7.533 son de empresas y personas naturales colombianas, 1.028 son de empresas multinacionales, 577 de resguardos indígenas, 113 de asociaciones mineras, 40 de cooperativas y 870 de autorizaciones temporales. En este contexto, el tipo de mineral más explotado es el de construcción con un 53%, seguido por los metales preciosos con un 39%.

En contraste, según el último censo minero departamental realizado en 2011 por la ANM, de las Unidades de Producción Minera -UPM- censadas a nivel nacional, el 63% carecen de título minero y el 37% tienen título minero. Llama notoriamente la atención el caso del Chocó¹⁶⁶ en donde el 99.2% de las 527 UPM censadas no tienen título, ocupando el primer lugar en ejercicio de la actividad minera ilegalmente; mientras que en el resto del país, 10 departamentos con explotación minera superan el 80% de UPM sin título: Antioquia, Atlántico, Bolívar, Caldas, Cauca, Córdoba, La Guajira, Magdalena, Valle y Risaralda.

Desarrollo legal de la minería en Colombia¹⁶⁷.

7.6. El desarrollo de un marco jurídico para la regulación de la minería y de la protección del medio ambiente en Colombia, en términos de establecer un régimen de autorizaciones, controles y sanciones no ha sido consistente. Aparte de unas cuantas regulaciones coloniales especiales sobre minas (Cuadernos de la Nueva España, 1584) y republicanas (Código de Minas de la Gran Colombia en 1827 y del Decreto de Minas de Simón Bolívar en 1829), la producción de legislación para reglamentar el ejercicio de la minería en el siglo XX solo va a consolidarse hasta que en 1988¹⁶⁸, por primera vez, se expide un Código de Minas en la República de Colombia. Posteriormente, con la expedición de la Constitución de 1991 se iban a proferir las Leyes 99 de 1993, la Ley 388 de 1997 y finalmente un nuevo Código Minero mediante la Ley 685 de 2001. También se hará mención de la Ley 1382 de 2010, que reformó el Código de 2001, pero fue declarado inexecutable por esta Corporación. A continuación se reseñarán brevemente algunos de los principales aspectos de la legislación anotada.

¹⁶⁶ En Chocó a 2014 se habían entregado 242 títulos mineros para labores de exploración y explotación.

¹⁶⁷ Para la construcción de este texto, se tomó como base la obra de Toro, Catalina; Fierro, Julio; Coronado, Sergio; Roa, Tatiana (Compiladores). *Minería, Territorio y Conflicto en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, UNIJUS, 2012.

¹⁶⁸ Esta situación había llevado a que antes del Código de 1988, existiera una considerable dispersión y confusión de competencias respecto de quienes eran las autoridades legalmente investidas para el otorgamiento de permisos mineros y de recursos renovables o ambientales.

El **Código de Minas de 1988**, Decreto 2655 de 1988, estableció cuatro puntos cardinales para su desarrollo: (i) que todos los recursos naturales no renovables del suelo y del subsuelo pertenecían a la Nación; (ii) reguló la actividad de la minería con relación a aspectos como la prospección, exploración, explotación y beneficio; (iii) estableció diferentes clases de títulos mineros como contratos de concesión, licencias de exploración y explotación minera; y, (iv) que el Estado sería empresario a través del sistema de aportes. Adicionalmente declaró de utilidad pública e interés social la industria minera en sus ramas de prospección, exploración, explotación, etc.

En aspectos ambientales, este decreto recogió tímidamente algunas consideraciones del Código de recursos naturales (1974) respecto de la protección ecológica, del paisaje y de impacto ambiental. En relación con el ámbito territorial se hace mención al establecimiento de zonas restringidas para actividades de minería en perímetros urbanos. Finalmente, en relación con el componente étnico de la nación se establecieron zonas mineras indígenas con derecho de prelación; sin embargo respecto de las comunidades negras nada se dijo puesto que no existía ningún marco normativo que estableciera el derecho al territorio de las comunidades afrocolombianas.

La revolución de los derechos que promovió la Constitución de 1991 permitió que se expidieran las Leyes 99 de 1993 (Ministerio del medio ambiente), 70 de 1993 (Comunidades negras) y 388 de 1997 (Ordenamiento Territorial). Con la nueva Carta Política se impulsó el concepto de “Constitución Ecológica”, la protección de las riquezas culturales y naturales de la nación, la primacía del interés general, la función social y ecológica de la propiedad, el derecho al medio ambiente sano.

En este orden de ideas, la **Ley 99 de 1993** incluyó el concepto del “desarrollo sostenible” y además estableció una serie de principios generales ambientales que incluyen elementos fundamentales para la protección de comunidades que se vieran afectadas por conflictos sociales y ambientales relacionados con actividades extractivas como la protección de la biodiversidad y el principio de precaución, entre otros. También, incorpora la necesidad del licenciamiento ambiental para actividades que amenacen con poner en peligro el medio ambiente.

Por su parte, la **Ley 388 de 1997**, se centra en los instrumentos de ordenamiento territorial en relación con el uso del suelo, la preservación del patrimonio ambiental y la prevención de desastres; se soporta en la función social de la propiedad, la prevalencia constitucional del interés general sobre el particular y en la defensa del espacio público y define la obligatoriedad del planteamiento territorial de los municipios en desarrollo de la potestad constitucional de las autoridades municipales para ordenar el uso el suelo. Tres notas son esenciales en los planes de ordenamiento territorial: la conservación y protección del medio ambiente, la preservación del patrimonio cultural y la localización e

infraestructuras básicas.

Finalmente, la **Ley 685 de 2001**, generó un cambio sustancial en las políticas con respecto a la minería dado que estableció un país que promocionara y fiscalizara la minería, pero sin la posibilidad de empresas mineras de capital público o mixto. A cambio, los particulares nacionales y extranjeros pagarán una contraprestación económica por el costo de los recursos naturales no renovables denominada regalía, la cual se tasa en función del tipo de material como un porcentaje del valor de mercado. De igual manera, flexibiliza normas con el fin de facilitar la inversión privada y establece la prelación de quien primero solicite el título minero, bajo el principio “*primero en tiempo, primero en derecho*”¹⁶⁹.

Posteriormente, el Estado expidió la **Ley 1382 de 2010**, a manera de reforma y actualización de la Ley 685 de 2001, incorporando nuevas disposiciones que pretendían, entre otras, (i) formalizar la actividad de los pequeños mineros tradicionales, (ii) mejorar la fiscalización técnica y ambiental de las operaciones mineras y (iii) restablecer el derecho del Estado a reservar ciertas áreas, para ofrecerlas al operador más idóneo. Sin embargo, este Tribunal mediante sentencia C-366 del 2011, declaró inconstitucional la reforma, principalmente, porque se omitió la realización de *consulta previa* con las comunidades étnicas que podrían verse afectadas. En todo caso, los efectos del fallo fueron diferidos a dos años con el fin de preservar la vigencia de normas que protegían el medio ambiente, y en consecuencia se ordenó al Gobierno realizar la consulta en ese mismo término¹⁷⁰.

De igual forma, el Gobierno nacional, a nivel de política pública, es decir, de los Planes Nacionales de Desarrollo -PND-, tanto en la **Ley 1450 de 2011**¹⁷¹ (PND 2010-2014) como en la **Ley 1753 de 2015**¹⁷² (PND 2014-2018) ha establecido

¹⁶⁹ Toró, Catalina; Fierro, Julio; Coronado, Sergio; Ros, Tatiana (Compiladores). “*Minería, Territorio y Conflicto en Colombia*”, Universidad Nacional de Colombia, UNIUS, 2012.

¹⁷⁰ Vencido el plazo de dos años, el Ejecutivo solicitó una prórroga a la Corte para adelantar la consulta, argumentando que durante el periodo conferido fue imposible realizarla. La Corte no accedió a la solicitud y, como medida de emergencia, el Gobierno expidió cuatro decretos con fuerza de ley (933, 934, 935 y 943 del 2013) que fijaron algunos parámetros para desarrollar la actividad minera. No obstante, algunos de ellos fueron suspendidos por el Consejo de Estado.

¹⁷¹ En particular, frente a la “*locomotora desarrollo minero y expansión energética*”, el PND propuso: “(1) *aportar lineamientos ambientales a la elaboración del Plan Nacional de Ordenamiento Minero*; (2) *promover que el Ministerio de Minas y Energía regularice los títulos mineros ubicados en los páramos, humedales, áreas protegidas y otras áreas de especial importancia ecosistémica*; (3) *fortalecer el seguimiento minero-ambiental y asegurar un adecuado desmantelamiento y abandono de las minas legales para evitar la configuración de los pasivos ambientales*; (4) *realizar la evaluación de los pasivos ambientales generados por las actividades minero-energéticas, e identificar nuevas fuentes de recursos provenientes del sector minero energético para la recuperación y gestión de las zonas afectadas por minería*; (5) *impulsar, en la minería artesanal y de pequeña escala, su formalización, fortalecimiento, capacitación y promoción de la reconversión tecnológica a través de sistemas de producción más limpia*; (6) *expedir regulación e implementar medidas de control, monitoreo y promoción para la reconversión tecnológica, con el fin de reducir progresivamente el uso de mercurio en procesos mineros*; (7) *diseñar e implementar una estrategia interinstitucional para el control a la minería ilegal*; (8) *implementar el plan de acción 2011-2014 del Programa de Uso Racional y Eficiente de Energía*.” PND 2010-2014, pág. 42, Tomo 2.

¹⁷² En el PND 2014-2018 se persigue consolidar el desarrollo minero-energético, a partir de las siguientes estrategias: “1) *aprovechar responsablemente los hidrocarburos, contribuyendo al desarrollo sostenible*; 2) *expandir y consolidar el mercado del gas combustible*; 3) *garantizar el abastecimiento de combustibles líquidos y biocombustibles*; 4) *ampliar la cobertura y calidad de la energía eléctrica*; 5) *consolidar al sector*

como prioridad la construcción de una “locomotora minera” como parte de su política minero-energética con el fin de consolidar al sector minero como impulsor del desarrollo sostenible del país, con responsabilidad social y ambiental.

Por último, el Ministerio de Minas y Energía, recientemente profirió la **Resolución 40391 del 20 de abril de 2016**, “*Por la cual se adopta la política minera nacional*”. Este documento unificó la visión institucional respecto a la actual situación minera del país y a los retos a superar en las próximas décadas de cara a convertir a Colombia en una potencia en la extracción de minerales. La Resolución a grandes rasgos explica: (i) los retos de la actividad minera a nivel global y nacional, (ii) la visión institucional para llevar a Colombia por la senda minera y (iii) los beneficios económicos y sociales de dicha actividad.

Jurisprudencia constitucional en materia minera.

7.7. En este punto resulta conveniente para la Sala reseñar la jurisprudencia constitucional que ha establecido los parámetros generales de interpretación de la actividad minera legal e ilegal -y su legislación- en relación con la extracción de recursos naturales renovables y no renovables, la protección del medio ambiente, de la biodiversidad, y, por supuesto, de las comunidades étnicas que habitan territorios que pueden verse afectados con el desarrollo de dichas actividades.

7.8. Precisamente en la sentencia **C-983 de 2010** la Corte realizó un completo recuento jurisprudencial en relación con *la propiedad y explotación minera en Colombia*, reglas jurisprudenciales que se reseñarán a continuación de acuerdo a su relación con el caso *sub examine*.

En este sentido, ha señalado la Corte que *los artículos 332, 334, 360 y 80 de la Constitución Política, consagran*: (a) la propiedad del Estado del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos de conformidad con las leyes preexistentes; (b) la facultad de intervención del Estado en la explotación de los recursos naturales y uso del suelo, así como la planificación, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales; (c) el deber del Estado de conservación de los recursos naturales no renovables, y el derecho sobre los recursos económicos o regalías que se deriven de su explotación, así como la facultad para conceder derechos especiales de uso sobre esos recursos, a través de concesiones¹⁷³; (d) el concepto de Estado como propietario de los recursos naturales no renovables, el cual comprende el conjunto de todas las autoridades públicas, a todos los colombianos y a todas las entidades territoriales¹⁷⁴; (e) la amplia libertad de configuración del Legislador, que es quien debe determinar, por disposición de la Carta, las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, así como los derechos de las

minero como impulsor del desarrollo sostenible del país, con responsabilidad social y ambiental; y, 6) acciones transversales.”. PND 2014-2018, pág. 225, Tomo 1.

¹⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-029 de 1997.

¹⁷⁴ Corte Constitucional, sentencias C-128 de 1998, C-402 de 1998, C-447 de 1998, C-299 de 1999, C-580 de 1999 y C-2561 de 2003.

entidades territoriales sobre los mismos¹⁷⁵.

7.9. Ahora bien, respecto de la explotación de los recursos naturales no renovables, esta Corporación se ha pronunciado de manera amplia y reiterada en relación con el impacto ambiental de dicha explotación, la protección del medio ambiente y la biodiversidad, las zonas excluidas de la minería y de minería restringida, y la protección constitucional de las comunidades étnicas. Sobre este último tema, la jurisprudencia constitucional se ha manifestado específicamente en relación con (i) los recursos naturales existentes en sus territorios, de conformidad con los artículos 7, 70 y 330 superiores, (ii) el derecho de estas comunidades de velar por la preservación de los recursos naturales; (iii) las zonas mineras de las comunidades étnicas¹⁷⁶; (iv) el derecho de participación de estas comunidades en las decisiones relativas a la explotación de los recursos naturales en territorios étnicos, mediante el mecanismo de consulta previa, en concordancia con el Convenio 169 de 1989 de la OIT adoptado por la Conferencia General de ese organismo, y aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991; y (v) la importancia del reconocimiento y protección de la minería tradicional o artesanal, así como de los procesos de legalización de la misma.

7.10. En atención a que el caso *sub examine* está relacionado con el desarrollo de actividades mineras (legales e ilegales) a gran escala en territorios de comunidades étnicas en el Chocó, considera la Sala necesario traer a memoria las reglas que vinculan la explotación de recursos naturales mineros en territorios de comunidades étnicas y la protección de la identidad diferenciada que se ha otorgado a las mismas.

7.11. Uno de los fallos más importantes en esta materia es la sentencia **SU-039 de 1997**, en la que la Sala decidió acerca de la revisión de las decisiones de tutela que promoviera la Defensoría del Pueblo, a favor de los integrantes de la comunidad indígena U'wa. En esa oportunidad, una empresa petrolera solicitó a las autoridades estatales correspondientes la expedición de licencia ambiental para adelantar labores de exploración en una extensa zona de territorio, parte de la cual estaba habitada por miembros de la citada comunidad. La licencia ambiental fue expedida sin que antes se hubiera constatado la participación efectiva de la comunidad indígena, lo que motivó el amparo constitucional, a fin de lograr que se dejara sin efecto dicha licencia, con el objeto que el procedimiento de consulta fuera llevado a cabo, con sujeción a las reglas que le son aplicables.

En esa ocasión la Corte estimó que, de acuerdo con la Constitución, las actividades de aprovechamiento minero que se realicen en zonas en que se encuentren asentadas las comunidades tradicionales, deben ser previamente

¹⁷⁵ Corte Constitucional, sentencias C-519 de 1994 (Convenio sobre la Diversidad Biológica), C-200 de 1999 (Convenio Internacional de Maderas Tropicales) y C-671 de 2001 (Enmienda al Protocolo de Montreal).

¹⁷⁶ Corte Constitucional, sentencias T-380 de 1993, SU-039 de 1997, T-652 de 1998, SU-510 de 1998, C-418 de 2002, C-339 de 2002, C-891 de 2002, C-620 de 2003, T-955 de 2003, entre otras.

consultadas con las mismas. Esto con el fin de garantizar el cumplimiento del mandato de participación previsto tanto en el artículo 330 de la Carta, como en el Convenio 169 de la OIT. Ello en el entendido que (i) existe una cláusula constitucional concreta que impone al Gobierno propiciar dicha participación; y, en cualquier caso, (ii) la explotación petrolera en los territorios de las comunidades es un asunto que, sin duda alguna, recae en el ámbito de los que los afectan directamente, lo que justifica la consulta previa sobre las medidas correspondientes, para el caso planteado de índole administrativo.

La Corte consideró, del mismo modo, que este deber de garantía de participación de las comunidades diferenciadas encontraba sustento en la necesidad, evidenciada en la Constitución, de ponderar entre la explotación económica de los recursos mineros, la protección del medio ambiente, el logro del desarrollo sostenible y la identidad étnica y cultural de las citadas comunidades. Esta ponderación solo es posible si la posición e intereses de los pueblos indígenas y afrodescendientes afectados es integrada al debate sobre la política pública correspondiente. En caso contrario, la actividad estatal desconocería su derecho constitucional al reconocimiento como minoría objeto de especial protección del Estado.

7.12. En similar sentido, las reglas jurisprudenciales anteriormente expresadas fueron reiteradas en la sentencia **T-769/09**. En este caso, el Ministerio de Minas y Energía había suscrito un contrato de concesión minera a favor de una empresa de exploración y explotación, con el fin de desarrollar el proyecto denominado *Mandé Norte*, el cual se ubicaba parcialmente en el territorio del resguardo indígena de la comunidad Embera de Uradá Jiguamiandó (Chocó). Los accionantes, pertenecientes a ese grupo étnico, formularon acción de tutela contra distintos ministerios, argumentando que el proyecto de explotación minera no había sido objeto de consulta ante autoridades representativas de la comunidad indígena.

En este caso, la Corte concluyó que (i) al tratarse de un proyecto minero adelantado en territorio de la comunidad indígena, debió someterse al procedimiento de consulta previa; (ii) que esa consulta debía cumplir con las condiciones descritas por la jurisprudencia constitucional, entre ellas la representatividad de las comunidades; y (iii) que estos requisitos no se habían cumplido en el caso concreto, por lo que debía protegerse el derecho a la consulta previa, a través de la suspensión de las labores de exploración y explotación, hasta tanto no se verificara la consulta, con el lleno de los requisitos anotados¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Así, en lo que tiene que ver con la afectación de los derechos de la comunidad indígena, derivado del desarrollo de proyectos de explotación minera sin su participación oportuna y efectiva, esta Corporación expresó que era importante resaltar que "(...) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras

7.13. A lo largo de su jurisprudencia, la Corte también ha identificado cómo las actividades de explotación minera legal e ilegal pueden llegar a configurar factores de “*riesgo transversal*” para las comunidades indígenas y afrodescendientes, en especial cuando se trata de labores adelantadas bajo un concepto industrial a gran escala que, por sus propias características, inciden en porciones importantes del territorio. Esto lleva, incluso, a que tales actividades, cuando se desarrollan de forma irregular o al margen de los intereses de las comunidades afectadas, lleven a situaciones especialmente graves en términos de protección y garantía de derechos fundamentales, como es el desplazamiento forzado interno¹⁷⁸.

7.14. Adicionalmente, en la sentencia **C-366 de 2011** -reiterada en la C-331 de 2012-, se reseñaron diversas decisiones adoptadas tanto por órganos de justicia del sistema interamericano, como en otros documentos del sistema universal, que insisten en el vínculo entre la protección de la identidad diferenciada y la explotación de recursos naturales existentes en los territorios de las comunidades étnicas. Así por ejemplo, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, ha puesto de presente cómo los proyectos de desarrollo en los territorios, que son adelantados de forma inconsulta con las comunidades tradicionales afectadas, tienen incidencia directa en el goce y garantía de sus derechos humanos¹⁷⁹.

En este sentido, la participación de las comunidades tradicionales en los proyectos que los afectan se explica, del mismo modo, por los potenciales efectos nocivos que tienen los proyectos a gran escala (legales e ilegales), entre ellos los mineros, para los intereses de las comunidades tradicionales. Estos efectos, a su vez, deben mirarse no sólo desde la perspectiva del compromiso específico con territorios de los pueblos étnicos, sino respecto de toda actividad de desarrollo que llegase a afectar directamente los intereses de los mismos.

consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea”.

¹⁷⁸ A este respecto y para el caso específico de los territorios colectivos habitados por las comunidades afrodescendientes, el auto A-005 de 2009, adoptado dentro del seguimiento de la sentencia T-025 de 2004, señaló que: “(...) en relación con el segundo factor transversal [la existencia de procesos mineros y agrícolas en ciertas regiones que impone fuertes tensiones sobre sus territorios ancestrales y que ha favorecido su despojo] (...) se resalta como uno de los factores que ha contribuido a aumentar la violencia contra el pueblo afrocolombiano en su territorio, las presiones legales e ilegales para promover patrones de desarrollo impulsados por la visión de productividad que caracteriza en las regiones correspondientes al modelo económico mayoritario y desconoce modelos de producción propios de las comunidades afrocolombianas, que favorecen el autoabastecimiento y promueven la protección de la diversidad cultural y biológica de sus territorios. (...) Según AFRODES, la expansión de la actividad de las empresas mineras también han causado desplazamiento entre los afrocolombianos e impactado negativamente la forma de vida de los mineros artesanales. “La Sociedad Khedada está abriendo una mina de oro en el Sur de Bolívar en los Municipios de Santa Rosa del Sur y Simití sin haber hecho una consulta previa con estas comunidades. La gente que se opone a éste proyecto ha sido amenazada y se ha denunciado que las Águilas Negras tienen alta presencia en el área y que la seguridad para las comunidades es muy precaria, y podrían llegar a haber masacres y desplazamientos masivos”.

¹⁷⁹ Informe provisional del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Asamblea General, Sexagésimo quinto periodo de sesiones. Documento A/65/264.

7.15. Ahora bien, en los últimos años la Corte ha continuado desarrollando un cuerpo dogmático relevante para la comprensión de los múltiples problemas asociados a la minería, en particular, relacionados con (i) la participación de los entes territoriales, los ciudadanos y las comunidades étnicas en la explotación minera legal e ilegal que los pueda llegar a afectar; y (ii) la definición de las áreas de reserva estratégica minera, que constituyen la última estrategia del Estado colombiano para explotar sus recursos naturales.

Por ejemplo, en las sentencias **C-123 de 2014**¹⁸⁰ y **C-035 de 2016**¹⁸¹, esta Corporación examinó normas que se referían -en términos generales- a una eventual tensión entre la propiedad estatal del subsuelo, la regulación de las zonas de exclusión minera y las atribuciones de los entes territoriales para regular el uso del suelo desde sus planes de ordenamiento territorial.

En ambas sentencias, la Corte planteó la necesidad de establecer *espacios de concertación* entre el ámbito local (municipios) y el central (Gobierno nacional) para la toma de estas decisiones, considerando que, necesariamente, el manejo del subsuelo tiene incidencia en la posibilidad de establecer planes y programas sobre el uso del suelo, en virtud de los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad que definen la relación entre entes territoriales y nación.

Posteriormente, en la sentencia **T-766 de 2015** la Corte dejó sin efectos dos resoluciones que establecían la delimitación de las denominadas “áreas estratégicas mineras” en 20 millones de hectáreas del territorio nacional, en regiones con notable presencia de comunidades étnicas, por violación del derecho fundamental a la consulta previa.

En sentido similar, la sentencia **C-221 de 2016**, la Corporación consideró inconstitucional la reserva de información geológica previa, generada en la definición de las áreas estratégicas mineras, puesto que el Legislador no justificó constitucionalmente la restricción al derecho fundamental al acceso a la información.

Por su parte, en la sentencia **C-273 de 2016**, fue declarado inexecutable por violación de la reserva de ley orgánica el artículo 37 del código de minas, según el cual, ninguna entidad territorial podía excluir, transitoria o permanentemente, zonas de su territorio para la realización de actividades

¹⁸⁰ En esta oportunidad la Corte examinó una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37 de la ley 685 de 2001 y del artículo 2º (parcial) del decreto 0934 de 2013.

¹⁸¹ En este caso, se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014; y contra los artículos 20, 49, 50 (parcial), 51, 52 (parcial) y el parágrafo primero (parcial) del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. En esta oportunidad la Corte declaró la exequibilidad de varias normas del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, que facultan al Gobierno nacional para establecer áreas estratégicas mineras, y declaró inexecutable que esta facultad pudiera ejercerse sobre ecosistemas de páramo.

mineras, cuando esta prohibición solo puede darse a través de una ley orgánica y no de una ordinaria como es el código de minas.

Finalmente, en la sentencia **C-298 de 2016**, entre otras decisiones, el Tribunal constitucional decidió declarar la inexecutable del artículo 20 del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, norma que estipulaba la posibilidad de establecer áreas de reserva para la explotación minera *por un tiempo indefinido* considerando que tal disposición vulneraba el principio de desarrollo sostenible y generaba una afectación desproporcionada al derecho fundamental al ambiente sano.

La Minería de oro en Chocó. Pasado y presente.

7.16. Antes de proceder a examinar el desarrollo de lo que ha sido la minería de oro en el Chocó en las últimas décadas, la Sala estima necesario presentar algunos antecedentes geográficos, históricos y socioeconómicos que permitirán comprender mejor el contexto del asunto sometido a juicio de la Corte.

En efecto, la explotación minera en el Chocó, como se había anticipado a principio de este capítulo, se remonta a la época prehispánica cuando las tribus aborígenes allí asentadas encontraron que los arroyos y los cascajales interfluviales de las tierras bajas del Pacífico producían grandes cantidades de oro, gracias a lo que desarrollaron importantes habilidades como orfebres. Ya en la época de la dominación española y, en particular, a fines del siglo XVIII el Chocó producía más oro que todos los demás distritos mineros de la Nueva Granada¹⁸², y en consecuencia, se convirtió en el principal productor de los virreinos continentales.

Desde el establecimiento de la colonia en territorio continental, los españoles - que conocían la leyenda prehispánica de “El Dorado”- pronto descubrieron que una de las más notables fuentes de oro en Latinoamérica ha estado en las cálidas y húmedas selvas pluviales de las tierras bajas del Pacífico, más concretamente en las cuencas de los ríos San Juan y Atrato. A este respecto, el profesor Robert C. West que estudió la región en la década de los cincuenta, indica por qué esta zona es tan rica en oro:

“La región norte de las llanuras -el Chocó- consiste en una depresión estructural entre la Cordillera Occidental y la serranía costera de Baudó. Esta depresión es drenada por el río Atrato en el norte y en el sur por el río San Juan. Los tributarios más importantes de los dos ríos son corrientes rápidas que drenan la vertiente occidental de la Cordillera Occidental. Estos tributarios de oriente, junto con otras áreas interfluviales, conforman la principal zona aurífera del Chocó. En la parte sur las llanuras del Pacífico forman una llanura costera formada por depósitos aluviales dejados por las corrientes que bajan de la vertiente occidental de la Cordillera Occidental. (...) Los cursos altos y medios de casi todas las corrientes que drenan el lado occidental de la Cordillera Occidental son auríferos. Todavía más importantes en

¹⁸² Según Humboldt, el Chocó era el principal productor con 10.800 marcos anuales, seguido por Popayán con 4.600 marcos. En último lugar estaba Antioquia con 4.000 marcos.

esta función de portadores de oro son las antiguas graveras que forman los interfluvios de los ríos modernos.

(...) La porción de arenas más ricas en oro yace cerca de los fondos de los lechos de cauces fluviales hace mucho enterrados, cuyo patrón no guarda ninguna relación con el drenaje actual (...) En el Chocó solo los tributarios orientales y los cursos altos del San Juan y del Atrato son auríferos¹⁸³.

A propósito de los procesos de exploración española durante la colonia, algunas crónicas de la época presentan una breve cronología del desarrollo de la minería de oro en el Chocó:

“El Chocó fue la primera zona del Litoral Pacífico explotada por los españoles. Ya en 1536 Pascual de Andagoya, uno de los terratenientes de Pizarro, estableció un puerto en Buenaventura, desde el cual un sendero llevaba a través de la densa selva tropical a la recién fundada ciudad de Cali en el Valle del Cauca. Vagos informes sobre oro en la hoya del San Juan-Atrato impulsaron a varios españoles para solicitar permiso real para explorar las tierras bajas, pero poco se hizo hasta la década de 1550. En 1557 una expedición partió de Caramanta en la zona del Cauca medio y penetró en el Atrato, pero los indios hostiles y el hambre los obligaron a retirarse sin resultados positivos. Diez años de expediciones punitivas enviadas desde Cali volvieron con informes de ricos depósitos de oro en algunos de los tributarios orientales del río San Juan. Finalmente en 1573, una expedición dirigida por Melchor Velásquez salió de Anserma, cruzó la Cordillera Occidental por el Paso de El Cairo y fundó la ciudad de Toro en las cabeceras del río Ingará, un tributario de Tamaná. Situada en frías tierras altas en una zona de alta densidad indígena, esta población se convirtió en el centro desde el cual se explotaron inicialmente las riquezas del Chocó¹⁸⁴.

Producto de la herencia primero colonial y luego republicana reseñada, la conformación histórica del departamento del Chocó -como zona de extracción de recursos naturales¹⁸⁵-, se ha dado, principalmente, en función de grandes ciudades, centros económicos y sociales: por ejemplo, en la colonia toda la producción estaba dirigida a España, en la República, al Estado central.

7.17. Por otra parte, desde un punto de vista socioeconómico, la exclusión social en Chocó tiene profundas raíces históricas debido a que tras la independencia no se construyeron instituciones político-administrativas incluyentes sino puramente extractivas, con muy pocos controles, lo que ha favorecido la corrupción desde tiempos coloniales. Lo que contrasta con las cifras de extracción de recursos minerales en el departamento¹⁸⁶; de acuerdo al Sistema de Información Minero, Chocó ocupó el primer lugar en la producción de platino en Colombia, con el 98% de la producción nacional y es el segundo proveedor de oro y plata del país con 24.438 kg, correspondientes al 37% de la producción nacional. De esta manera, la minería ha sido destacada como uno de los principales motores del crecimiento económico del departamento del Chocó: por ejemplo, en el año 2011 recibió por concepto de regalías \$7.939.600.

¹⁸³ West, Robert., *op. cit.*, pág. 23.

¹⁸⁴ West, Robert., *op. cit.*, pág. 25 y ss.

¹⁸⁵ Principalmente oro, madera y pesca.

¹⁸⁶ Ministerio de Minas y Energía. Sistema de Información Minero Colombiano. “Distribución de regalías. Metales preciosos 2004-2012”.

De igual forma, de acuerdo a cifras del Departamento Nacional de Planeación los recursos aproximados que ha recibido el departamento del Chocó por concepto del Sistema General de Regalías han sido, año a año (desde 2012), las siguientes: (i) 2012: \$178.281 millones; (ii) 2013: \$342.469; (iii) 2014: \$401.050; (iv) 2015: \$391.081 y (v) 2016: \$280.050.

7.18. Paradójicamente, las principales ciudades del departamento líder en la producción de oro se han caracterizado por no contar con una infraestructura institucional robusta para la prestación de servicios administrativos, ni tampoco de los servicios públicos esenciales¹⁸⁷. Concretamente, el departamento del Chocó presenta índices de población según los cuales, el 48.7% vive en condición de pobreza extrema y un 78.5% en condición de pobreza¹⁸⁸. De acuerdo al índice de Necesidades Básicas Insatisfechas -NBI-¹⁸⁹ que mide si las necesidades básicas de la población se encuentran cubiertas de acuerdo a unos criterios mínimos en las diferentes regiones del país, se encuentra que para Chocó es del 82.8%, el más alto del país dentro del cual cerca del 79% de los habitantes del Chocó presenta al menos una NBI, por lo que tienen el indicador más bajo en calidad de vida del país con el 58% (el promedio nacional es de 79%). La esperanza de vida es de 58.3 años respecto del promedio nacional que alcanza los 70.3 años.

7.19. En este contexto, las precarias condiciones de vida de los chocoanos se sustentan en las bajas coberturas de los servicios administrativos (presencia institucional) y públicos esenciales (acueducto, alcantarillado y saneamiento) los cuales tienen una incidencia directa sobre las condiciones de salud de la población, que solamente alcanzan coberturas del 22.5% y el 15.9% respectivamente, en comparación con el país central donde ambas coberturas superan el 80%. En este sentido, la gran mayoría de la población de la región no cuenta con acceso a agua potable en condiciones de calidad y de suministro para suplir las necesidades más básicas. En relación con el servicio de saneamiento la cobertura del departamento es del 32%, mientras que la rural alcanza apenas el 6%. Por su parte, el 65% de las viviendas cuenta con energía eléctrica y el 19.1% con teléfono¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Precisamente, las elevadas tasas de morbilidad y mortalidad, especialmente infantil, han estado asociadas históricamente a la carencia de infraestructura sanitaria y ambiental como calidad de agua, ausencia de servicios públicos esenciales y sistemas de saneamiento básico eficiente.

¹⁸⁸ A nivel nacional, el índice de población en condición de pobreza extrema es del 15% y del 49% en condición de pobreza, según datos de la Gobernación del Chocó y del DANE.

¹⁸⁹ La metodología de NBI busca determinar, con ayuda de indicadores simples, si las necesidades básicas de la población se encuentran cubiertas, estableciendo que los hogares que no alcancen un umbral mínimo fijado, son clasificados como pobres. Los indicadores simples seleccionados fueron las viviendas inadecuadas, los hogares con hacinamiento crítico, las viviendas con servicios inadecuados, los hogares con alta dependencia económica y los hogares con niños en edad escolar que no asisten a la escuela.

¹⁹⁰ Los datos de este apartado están basados en tres documentos, que se relacionan a continuación: Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE. "Censo Poblacional 2005"; Moya, Albeiro. "La minería en el Chocó". Serie "Minería y Desarrollo" de la Universidad Externado de Colombia. Tomo 4, 2016; Bonet, Jaime. "Por qué es pobre el Chocó". Documentos de trabajo sobre economía regional, Núm. 90, Banco de la República, Centro de Estudios Económicos Regionales, 2007.

7.20. En contraste a la situación de la población chocoana, la intervención presentada por el Grupo “Terraé”¹⁹¹, ofrece importantes datos y contexto sobre la situación actual de la minería de oro en el Chocó. En su informe señalan que *“la cuenca del río Atrato tiene alrededor de 3.993.225 hectáreas, de las cuales 490.771 se encuentran tituladas para minería de oro y otros metales y 15.250 para materiales de construcción y calcáreos, para un total de 506.021 hectáreas tituladas. Esto corresponde a aproximadamente el 13% del área total de la cuenca lo cual pone en evidencia la presión minera que a la cual está siendo sometida esta zona”*. A lo anterior agrega que algunos de los principales actores mineros, teniendo en cuenta el número de hectáreas tituladas son:

“Anglogold Ashanti con 120.791 ha (55 títulos), Exploraciones Chocó con 156.303 ha (50 títulos), Sociedad Exploraciones Northern Colombia S.A.S con 28.117 ha (12 títulos), Mónica María Uribe Pérez con 19.135 ha (6 títulos), La Muriel Mining Corporation con 16.028 ha (9 títulos), Grupo Allen con 15.546 ha (8 títulos), Anglo American Colombia Exploration S.A. con 12.533 ha (7 títulos) y Proyecto Coco Hondo S.A.S con 9.010 ha (6 títulos). Entre estos 8 actores suman 377.554 hectáreas lo cual corresponde al 75% del total del área titulada”.

A lo anterior, añade el mismo informe que para 2015 se han hecho 372 solicitudes para minería de oro ante la autoridad minera, que representan un área de 645.937 hectáreas.

7.21. De igual forma, señala que dentro de la cuenca del río Atrato, se encuentra la Reserva Forestal del Pacífico creada por la Ley 02 de 1959; las reservas forestales protectoras de El Darién, Río León, Zona Musinga Caratua y Páramo de Urrao; los parques nacionales Los Katíos, Las Orquídeas y Utría; y el Páramo Frontino-Urrao. Que teniendo en cuenta el catastro minero a julio de 2015: *“377.662 hectáreas de la Reserva Forestal del Pacífico se encuentran tituladas para minería mientras que 312.604 hectáreas se encuentran solicitadas. En el caso de las Reservas Forestales Protectoras Nacionales son 621 hectáreas las que se encuentran tituladas y 17.037 hectáreas solicitadas. Finalmente, se encuentran tituladas para minería 227 hectáreas sobre Parques Naturales Nacionales y 539 hectáreas sobre el páramo de Frontino-Urrao. En total son 708.690 hectáreas de áreas protegidas las que se encuentran afectadas o bajo presión minera, lo cual es aproximadamente el 62% de títulos y solicitudes mineras que se encuentran dentro de la cuenca del río Atrato”*.

Es en estas condiciones en donde se ha desarrollado la explotación minera legal e ilegal -por parte de diversos intereses civiles, económicos y más recientemente por actores armados- por cerca de 400 años en el Chocó, que aunque es un departamento tradicionalmente minero y rico en recursos naturales, paradójicamente, posee los índices de pobreza más dramáticos del país.

Las clases de minería que se desarrollan en el Chocó. Insumos y sustancias para su uso.

¹⁹¹ Cuaderno de pruebas Núm. 4., folio 1715 y ss.

7.22. Las formas y tipologías propias de la minería de oro (legal e ilegal) que se desarrolla en el Chocó son muy variadas, tanto de aluvión¹⁹² -río- como de veta¹⁹³ -en tierra-, pero comprenden esencialmente cuatro categorías de ejecución: (i) minería artesanal o ancestral; (ii) minería semi-mecanizada; (iii) minería mecanizada y (iv) minería industrializada o megaminería. Por lo general, las tres primeras clases se realizan sin título minero ni licencia ambiental, la cuarta categoría sí se desarrolla cumpliendo con los requisitos legales.

En primer lugar, se entiende por *minería artesanal, ancestral o barequeo*, en la acepción más generalizada, que consiste en la explotación de depósitos minerales a pequeña escala, en la que se utilizan métodos manuales -transmitidos de generación en generación- o con ayuda de equipos muy sencillos, por lo general elaborados por los mismos mineros, para la extracción de los metales. Esta es la clase de minería -minería de subsistencia- que realizan las comunidades étnicas y los campesinos desde hace siglos¹⁹⁴.

En segundo lugar, la *minería semi-mecanizada* se considera como una suerte de “modernización o tecnificación” de la minería artesanal, en la cual se incluyen adaptaciones de pequeños equipos como motobombas, elevadores hidráulicos y pequeñas dragas de succión que mejoran las condiciones de trabajo y rendimiento en la remoción de material aluvial. Este tipo de minería permite a los trabajadores realizar sus labores en un menor tiempo y con mayor eficacia¹⁹⁵.

En tercer lugar, la *minería mecanizada*, se ejecuta con retroexcavadoras, dragas, buldóceres, motobombas de gran capacidad, mangueras, volquetas y sustancias químicas como el mercurio y el cianuro. Esta clase de minería se empezó a realizar en la década de los ochenta primero por actores foráneos y luego por grupos armados al margen de la ley, que son quienes hoy operan en la región objeto de los hechos del caso *sub examine*, desplazando a los mineros tradicionales e imponiendo nuevas formas de realizar la minería de forma ilegal, masiva e indiscriminada¹⁹⁶.

Por último, la *minería industrializada o megaminería* es una industria de gran escala y alcance que se desarrolla con base en estudios de ingeniería y ecología, grandes recursos humanos y técnicos, que en el caso de la minería de veta a cielo abierto hace necesario remover toneladas de tierra consumiendo grandes cantidades de agua y energía eléctrica, y alterando total e irreversiblemente las características de la zona donde se implementa. El ejemplo clásico de esta forma

¹⁹² Como se señaló en la presentación de los hechos del caso, la *minería aluvial* supone la extracción directa de metales preciosos del lecho de los ríos por medio de dragas de succión, y con aplicación de mercurio y cianuro para separar los minerales de las impurezas.

¹⁹³ La *minería de veta a cielo abierto* se realiza por medio del uso de retroexcavadoras que levantan grandes capas de tierra, dando con ello apertura a perforaciones profundas en las que se utiliza también el mercurio para lograr la separación del mineral.

¹⁹⁴ Moya, Albeiro. “La minería en el Chocó”, Serie “Minería y Desarrollo” de la Universidad Externado de Colombia. Tomo 4, 2016.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

de explotación, es la minería de carbón, que en Colombia se desarrolla en las minas a cielo abierto de “El Cerrejón” en la Guajira. Por lo general son las grandes multinacionales mineras las que tienen los recursos para realizar esta clase de explotación de forma legal. Según datos aportados por la Agencia Nacional de Minería, esta clase de organizaciones son las que tienen la mayoría de títulos mineros disponibles en el Chocó¹⁹⁷.

7.23. En este acápite la Sala se concentrará, en particular, en examinar la forma en que se realiza la denominada *minería mecanizada*, que de acuerdo a lo planteado por los accionantes, es la que más daños está causando al medio ambiente y a las comunidades étnicas de la cuenca del río Atrato por su realización en un marco de completa ilegalidad y con el uso de sustancias químicas tóxicas como el mercurio y el cianuro, entre otras.

7.24. De acuerdo a los informes aportados al expediente y lo señalado por los accionantes, se tiene que la minería ilegal (mecanizada) entró a Chocó en los años ochenta. Primero aparecieron las minidragas de succión a comienzo de los ochenta y con ellas la minería “semimecanizada”; luego llegaron las retroexcavadoras dando origen a la minería mecanizada.

En el mismo sentido, varios de los líderes comunitarios del río Atrato, sostienen que el proceso se aceleró en los noventa y que se dio de esta forma: *“históricamente el modelo de minería con dragas y dragones, es decir, mecanizado, lo trajo Víctor Mosquera en 1997 (chocoano, minero del bajo Cauca), año en que comenzó esta clase de explotación. Explica que antes de la minería mecanizada el río era cristalino, saludable, de aguas claras, y que las poblaciones se dedicaban a la pesca, a la agricultura y a la minería artesanal y de estas actividades emanaba la subsistencia y la vida cultural. Añade que el señor Mosquera y sus socios extranjeros descubrieron el potencial minero del río Quito y a partir de entonces comenzó un proceso de minería ilegal masiva y las dragas poblaron el río en busca de oro. Recuerda que la explotación inició en el Cantón de San Pablo. Hoy la mayoría de minería mecanizada o de succión se realiza en río Quito y en Cantón de San Pablo, desplazando toda actividad agrícola y pesquera”*¹⁹⁸.

También añaden los demandantes que esta clase de minería opera en todos los tipos de explotación: formal o legal, ilegal, tradicional, pequeños mineros, informales o de hecho. Dependiendo de la zona y del minero, en la minería mecanizada se utiliza mercurio, que es la sustancia acusada de causar graves impactos sociales y ambientales en el Chocó. La minería ilegal (mecanizada) ha desplazado poco a poco a la minería artesanal tal como la trabajaban ancestralmente las comunidades desde la colonia. Los habitantes son cada vez más dependientes de los entables mineros que hacen presencia en el territorio, y sobre todo del permiso de sus dueños para barequear en los grandes huecos ocasionados por las retroexcavadoras, en unas condiciones de trabajo muy

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ Acta Final de Inspección Judicial, folio 2107.

inseguras y que se limitan a un día a la semana cuando tienen suerte. La dimensión del negocio es tan grande que hay diversas fuentes que afirman que “en el departamento del Chocó hay actualmente en operación unas 800 dragas”.

El ejercicio de la minería mecanizada ha producido cambios culturales significativos en las comunidades y muchas de ellas han perdido sus costumbres y sus formas de convivencia que en ocasiones se caracterizan por los conflictos entre vecinos por el usufructo o propiedad de las tierras, como en el caso de familias que quieren *alquilar* sus terrenos a mineros foráneos sin consultar con los vecinos, y a veces incluso invadiendo terrenos aledaños, aunque también se generan conflictos intrafamiliares vinculados a esta clase de minería¹⁹⁹.

Casi ninguno de los actores que ejerce esta clase de minería ha obtenido los títulos mineros correspondientes ni cuenta con las licencias ambientales necesarias. De hecho, gran parte de la actividad minera ocurre en zonas de reserva forestal -como se indicó antes- donde precisamente estas actividades están prohibidas²⁰⁰.

7.25. Según la Defensoría del Pueblo, entre los principales impactos que genera esta clase de minería se encuentran:

“i) La destrucción de fuentes hídricas: a causa de la acción del dragado y debido al aporte aproximado promedio de 3.100 toneladas/año de sedimentos por entable, se reduce el cauce navegable de los mismos y se pone en riesgo el abastecimiento de agua y alimentos, así como la comunicación fluvial. Adicionalmente, como lo observó la Defensoría en su recorrido se pueden encontrar montañas de piedra en la mitad de un río, con lo cual se está afectando la velocidad del mismo y la oxigenación del agua.

ii) Los ríos en los que se desarrolle minería constituyen un riesgo para la salud humana y el ambiente. han cambiado su coloración, debido a la sedimentación, la presencia de materiales sólidos suspendidos en el agua, de grasas, aceites, residuos de combustible y de mercurio, resultado de los procesos de minería del oro. Cada entable aporta aproximadamente 36 kilos/año de mercurio. Adicionalmente, la explotación minera en los cuerpos de agua genera la formación de cárcavas, en las que se anidan los mosquitos, ocasionando problemas de salubridad pública. Migración y destrucción de especies de fauna íctica, avifauna y fauna terrestre.

iii) Pérdida de biodiversidad y erosión genética por intervención y destrucción de ecosistemas frágiles. Al mismo tiempo, esta actividad acompañada de la deforestación y el descapote, provoca la rápida degradación del ecosistema, la disminución de las poblaciones de bosque, la extinción de especies endémicas y el desplazamiento de las poblaciones, incidiendo de forma negativa en la seguridad alimentaria de las comunidades asentadas en las cuencas de los ríos.” (Negrilla fuera texto original)

7.26. Ahora bien, respecto de las sustancias químicas tóxicas usadas en la minería de oro en el Chocó, a continuación se realizarán algunas consideraciones generales sobre ***el mercurio como sustancia tóxica contaminante***, que es la más densamente usada en la minería mecanizada para la obtención del oro.

¹⁹⁹ Moya, Albeiro. “La minería en el Chocó”, Serie “Minería y Desarrollo” de la Universidad Externado de Colombia. Tomo 4, 2016.

²⁰⁰ Sarmiento, Mariana; Soto, Ana; Urán, Alexandra. “Pequeña minería en el Chocó”, 2013; y Moya, Albeiro. “La Minería en el Chocó”, Serie Minería y Desarrollo, Universidad Externado de Colombia, 2016.

El mercurio (Hg, 80)²⁰¹ es un elemento químico que tiene la particularidad de ser el único metal en la tierra que es líquido a temperatura de laboratorio o ambiente. Entre otros aspectos, se caracteriza por ser brillante, de color plata-blanco, inodoro, es insoluble y mucho más pesado que el agua y sumamente tóxico. Aunque tiene diversos usos, es empleado principalmente en actividades mineras para separar y extraer el oro de las rocas en las que se encuentra gracias a que se alea muy fácilmente con el oro y la plata. En términos generales, su uso en minería consiste en agregar el mercurio al material donde se encuentra el oro, formando una amalgama que tras ser calentada facilita la separación de los diferentes minerales, dando como resultado la evaporación del mercurio durante el proceso²⁰².

7.27. Una de las técnicas más contaminantes del uso del mercurio en minería se denomina “amalgamación de todo el mineral”, que consiste en añadir mercurio al mineral durante la trituration, la molienda y el lavado del mismo. Por lo general solo el 10% del mercurio agregado a un barril se combina con el oro para formar la amalgama, el restante 90% sobra y se desecha en fuentes hídricas. Otro proceso bastante nocivo es el “quemado de amalgama”, según el cual, la amalgama se pone directamente sobre el fuego, a cielo abierto, lo que hace que se produzcan vapores de mercurio que son altamente contaminantes y nocivos para las personas. Según informe del PNUMA (2007) -Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente-, esta práctica produce emisiones atmosféricas de mercurio de alrededor de 300 toneladas métricas anuales a nivel mundial²⁰³.

7.28. Los efectos del mercurio no se reducen únicamente a los eventos antes descritos. De acuerdo con el artículo “*El uso del mercurio en la minería artesanal del oro en Colombia*” de las profesoras Claudia Rojas y Carolina Montes de la Universidad Externado de Colombia, esta práctica afecta a los mineros, al medio ambiente (especies animales y vegetales) y a las poblaciones humanas. Por ejemplo, los trabajadores de las minas son, en principio, los más expuestos, especialmente al inhalar el vapor de mercurio liberado durante la quema de las amalgamas. El proceso es el siguiente: cuando la amalgamación se realiza manualmente parte del mercurio se absorbe directamente a través de la piel. El vapor del mercurio se deposita generalmente sobre las superficies de preparación de alimentos en los hogares, sobre la ropa, o en el suelo y cae a los cuerpos de agua de las respectivas zonas donde se sedimenta. Estudios realizados con ayuda de la Organización Mundial de la Salud, en distintos lugares del

²⁰¹ El mercurio es un metal pesado plateado que a temperatura ambiente es un líquido inodoro. No es buen conductor del calor comparado con otros metales, aunque es buen conductor de la electricidad. Se alea fácilmente con muchos otros metales como el oro o la plata produciendo amalgamas, pero no con el hierro. Es insoluble en agua y soluble en ácido nítrico. Cuando aumenta su temperatura -por encima de los 40 °C-, produce vapores tóxicos y corrosivos, más pesados que el aire por lo que se evapora creando miles de partículas en el vapor que al enfriarse se depositan de nuevo. Es dañino por inhalación, ingestión y contacto; se trata de un producto muy irritante para la piel, ojos y vías respiratorias. Es incompatible con el ácido nítrico concentrado, el acetileno, el amoníaco, el cloro y los metales.

²⁰² PNUMA: “*El uso del mercurio en la minería de oro artesanal y en pequeña escala*”, Ginebra, 2008; y Rojas, Claudia y Montes, Carolina, “*El uso del mercurio en la minería artesanal del oro en Colombia*”, Serie “Minería y Desarrollo” de la Universidad Externado de Colombia, Tomo 2, 2016.

²⁰³ UNIDO: “*Global impacts of mercury supply and demand in Small-scale gold mining*”, Viena, 2007.

mundo señalan altos niveles de mercurio en los mineros: en algunos casos, llegan a niveles 50 veces superiores al límite máximo aceptable de exposición fijado por la OMS²⁰⁴. De acuerdo con dichos estudios se ha observado un elevado número de mineros que sufren temblores involuntarios, lo cual representa -sin lugar a dudas- un síntoma clásico de daños en el sistema nervioso inducidos por el mercurio²⁰⁵.

7.29. Las consecuencias por el uso del mercurio son tan graves que varios informes internacionales en la materia, compilados por el mismo artículo en comento, advierten que **las consecuencias a largo plazo son tan graves para el medio ambiente y la población que vive en el entorno de las minas y los yacimientos, aguas abajo o en la dirección del viento**. El empleo abusivo del mercurio así como su combinación con el cianuro, provoca una extensa degradación ambiental por contaminación de los ecosistemas. Este uso combinado exacerba la metilación del mercurio: *“una vez metilado, el mercurio puede moverse rápidamente a través de la cadena trófica, provocando impactos aguas abajo, en los peces y en la fauna y la flora silvestres, con los consiguientes efectos en la vida de miles de personas, tanto de las que participan directamente en las actividades mineras como de las que viven en las cercanías o consumen en otros lugares los productos de estas zonas. Por lo general, los relaves que contienen mercurio se vierten en masas de agua o cerca de ellas y, en consecuencia, el suelo, los ríos, arroyos, estanques y lagos quedan contaminados por largos períodos de tiempo. Estos efectos negativos pueden perdurar durante varias décadas, incluso después del cese de las actividades mineras”*²⁰⁶.

A lo anterior, agregan que **en la salud humana, la exposición al mercurio provoca efectos perjudiciales principalmente en el sistema nervioso central y a nivel renal, cardiovascular, cutáneo y respiratorio**. Las mujeres en edad de procrear y los niños son los más vulnerables. Para citar un ejemplo, *“la OMS ha calculado que la tasa de incidencia de retardo mental leve asciende a 17.4 por cada 1.000 niños nacidos entre la población de pescadores de subsistencia que viven cerca de las actividades de extracción de oro en el Amazonas”*²⁰⁷.

A nivel mundial los mayores niveles de consumo de mercurio se registran en China (entre 200 y 250 toneladas liberadas), seguida de Indonesia (entre 100 y 150 toneladas liberadas), y entre 10 y 30 toneladas en Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Ghana, Perú, Filipinas, Venezuela, Tanzania y Zimbabwe. Dentro de este contexto se considera que Colombia es el país con más contaminación por

²⁰⁴ Ídem.

²⁰⁵ Poulin, J, Gibb, H. *“Mercurio: Evaluación de la carga de morbilidad ambiental a nivel nacional y local”*, Serie Carga de Morbilidad Ambiental, No. 16, Ginebra, 2008; y Rojas, Claudia y Montes, Carolina, *“El uso del mercurio en la minería artesanal del oro en Colombia”*, Serie “Minería y Desarrollo” de la Universidad Externado de Colombia. Tomo 2.

²⁰⁶ IPEN, *“Introducción a la contaminación por mercurio y al Convenio de Minamata sobre Mercurio por alas ONG”*, 2014; Rojas, Claudia y Montes, Carolina, *“El uso del mercurio en la minería artesanal del oro en Colombia”*, Serie “Minería y Desarrollo” de la Universidad Externado de Colombia. Tomo 2.; y Poulin, J, Gibb, H., *op. cit.*, pág. 5 y ss.

²⁰⁷ *Ibidem*.

mercurio en América. De acuerdo con estudios de la organización Mercury Watch se calcula que Colombia emite 180 toneladas anuales de mercurio derivadas de la extracción de oro²⁰⁸.

En este sentido las profesoras Rojas y Montes, han señalado que *“diversos factores agravan el problema en Colombia, y hacen que la explotación ilegal de oro mediante mercurio se convierta en una alternativa para las comunidades vulnerables, entre ellas afrodescendientes e indígenas. Entre tales factores están las extensas zonas del territorio nacional que presentan difícil acceso, como áreas selváticas, muchas de las cuales han estado bajo el dominio de grupos insurgentes o al margen de la ley; la pobreza imperante en muchas regiones del territorio y al escasa presencia del Estado; el elevado y creciente precio del oro; y la falta de regulación para la adquisición, almacenamiento, transporte, compra-venta y comercialización del mercurio, entre otros”*.

7.30. Precisamente, respecto a los peligrosos efectos del mercurio en la actividad minera, el profesor Jesús Olivero, investigador en toxicología de la Universidad de Cartagena, en la inspección judicial realizada por la Corte Constitucional en enero de 2016 en Chocó, señaló lo siguiente:

“En primer lugar, el profesor explica que el mercurio es el elemento no radioactivo más tóxico que se conoce en la naturaleza, y que esta es precisamente la sustancia que se utiliza en la minería para extraer el oro. Destaca que el mercurio al mezclarse con el agua (en los ríos y en las ciénagas), se transforma en una especie química mucho más tóxica llamada “metilmercurio”, que es la que termina alojándose en la carne de los peces y pescados, y por esta vía entra en contacto directo con las poblaciones humanas que terminan consumiendo químicos que se vierten en los ríos (como consecuencia de la explotación minera) a cientos de kilómetros de distancia. Cita como ejemplo un caso que se está presentando en la actualidad en el Amazonas, particularmente en el río Caquetá, en donde la actividad minera directa es mínima y excepcional, y aun así se han encontrado concentraciones de mercurio en infantes en magnitudes de 17 partes por millón cuando el promedio estimado por persona por la OMS para tener una salud libre de riesgos asociadas a la exposición al mercurio no debe sobrepasar el nivel de 1ª parte por millón. El profesor Olivero plantea que el problema de la explotación minera es mucho más grave de lo que se estima, sobre todo en la medida en que esta actividad, aún cuando se realice a cientos de kilómetros de distancia de donde ocurre la explotación -ya sea en minas a cielo abierto, o en ríos-, termina afectando a las comunidades de toda la región.

En el caso concreto señala que independientemente de donde se produzca el proceso de contaminación por mercurio toda la cuenca del río Atrato, inclusive la cuenca del Caribe (desembocadura al mar) va a recibir la afectación por ese proceso, pues el mercurio -que posee una gran movilidad- viaja en sus corrientes. Afirma que se trata de un problema transfronterizo, no solo de Quibdó o del río Atrato o del Chocó; es un problema que va a continuar en el océano Atlántico (en el norte del Chocó) o por el lado del río San Juan (en el sur del Chocó), en el océano Pacífico”²⁰⁹.

7.31. Por las razones antes expuestas, a nivel internacional se ha gestado un gran

²⁰⁸ UNIDO., *op. cit.*, 2006.

²⁰⁹ Acta final de la Inspección Judicial realizada por la Corte Constitucional en Chocó, Cuaderno de pruebas Núm. 5, Folio 2104.

consenso para lograr la eliminación del mercurio de toda actividad que pueda afectar al medio ambiente y la salud humana. Con ese propósito se han proferido una serie de tratados internacionales dirigidos a regular el comercio de productos químicos y plaguicidas tóxicos o desechos peligrosos no deseados como: (i) el Convenio de Ginebra sobre “Contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia” de 1979 y su Protocolo Aarhus de 1998; (ii) el Convenio de Basilea de 1989; (iii) el Convenio sobre la Protección del Medio Marino del Nordeste Atlántico de 1992; (iv) el Convenio de Rotterdam de 1998; (v) el Convenio de Helsinki de 2000; (vi) las Directrices de Dubai de 2006; y finalmente (vii) el Convenio de Minamata de 2013.

Respecto de este último, el **Convenio de Minamata sobre el mercurio de 2013** fue suscrito por Colombia ese mismo año y su propósito es, de acuerdo con su artículo 1º, “proteger la salud humana y el medio ambiente de las liberaciones antropogénicas del mercurio y compuestos de mercurio”. De esta disposición en particular se destaca que, a diferencia de otros convenios internacionales relacionados con sustancias químicas, el Convenio de Minamata gira en torno a la necesidad de proteger la salud humana. Adicionalmente, contempla la posibilidad de que en caso de que un Estado necesite apoyo para el proceso de eliminación del mercurio de su industria, se prevé la opción de solicitar asistencia y financiera técnica (artículos 13 y 14).

7.32. En la legislación nacional el actual Código Minero, Ley 685 de 2001 no contempla ninguna medida para controlar el uso de mercurio en minería. Como respuesta a este vacío y a la suscripción por Colombia del *Convenio de Minamata* se expidió la Ley 1658 de 2013 mediante la cual se establecieron una serie de disposiciones para la comercialización y uso del mercurio en las diferentes actividades industriales del país y fijó varios requisitos para su reducción y eliminación progresiva²¹⁰. Si bien este instrumento tiene importantes herramientas para controlar el uso del mercurio en Colombia, la mayoría de sus disposiciones no son de aplicación directa y requieren ser reglamentadas, tarea que está aun pendiente²¹¹.

Principio de precaución en materia ambiental y en salud. Principios rectores del derecho ambiental.

7.33. Una vez examinada la forma en que se desarrolla la minería en Colombia, el régimen jurídico aplicable y la jurisprudencia relevante, considera la Sala

²¹⁰ “ARTÍCULO 30. Reducción y eliminación del uso de mercurio. Los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible; Minas y Energía; Salud y Protección Social y Trabajo, establecerán las medidas regulatorias necesarias que permitan reducir y eliminar de manera segura y sostenible, el uso del mercurio en las diferentes actividades industriales del país.

Erradíquese el uso del mercurio en todo el territorio nacional, en todos los procesos industriales y productivos en un plazo no mayor a diez (10) años y para la minería en un plazo máximo de cinco (5) años. El Gobierno Nacional dispondrá de todos los instrumentos tecnológicos y las respectivas decisiones con los entes y organizaciones responsables del ambiente y el desarrollo sostenible (...).”

²¹¹ De forma complementaria debe observarse que algunas disposiciones del Código Penal, artículos 333 y 339, así como de la Ley 1801 de 2016 (Código de Policía), en sus artículos 96 y 104, registran medidas que prohíben la realización de minería mecanizada ilegal y el uso del mercurio en actividades mineras.

necesario precisar los principios rectores del derecho ambiental a los que debe sujetarse la actividad minera de cara a lograr la protección efectiva del medio ambiente y de las comunidades étnicas en donde se ejecuta dicha actividad.

Como se ha visto a lo largo de esta providencia, de la normatividad constitucional e internacional reseñada ampliamente se extraen unos principios fundamentales para adelantar la protección y garantía del medio ambiente, la biodiversidad y las comunidades étnicas asociadas a ellas, que en el mundo contemporáneo resultan de aplicación obligatoria ante el uso, la contaminación y el daño ambiental que se genera. **En esta medida, la Corte entrará a conceptualizarlos bajo un enfoque compatible con las nuevas realidades y la necesidad imperiosa de propender por una defensa cada vez más rigurosa y progresiva de la naturaleza y su entorno, ante los perjuicios que se le ocasionan constantemente.** Es claro que tales principios han de guiar el uso de la atmósfera, el agua, los bosques, el medio ambiente, los recursos naturales y el suelo, en la pretensión de alcanzar un ejercicio adecuado, racional y responsable de nuestra biodiversidad²¹².

La situación explicada sobre el uso, contaminación y daño ambiental, involucra para la humanidad un proceso serio de reflexión y desafíos para los Estados en orden a fortalecer los principios fundamentales que lo soportan en la consecución de un entorno ecológico sano. El derecho ambiental parte de un concepto dinámico y evolutivo al estar en permanente proceso de actualización y deliberación democrática, respondiendo a los avances científicos y buscando inscribirse en un marco de orden justo y equitativo²¹³. Entre los principios que gobiernan la política ambiental, a continuación la Corte traerá a colación aquellos que comprometen de manera directa el alcance de la presente decisión.

Principio de prevención.

7.34. En el orden internacional se ha entendido que este principio busca que las acciones de los Estados se dirijan a evitar o minimizar los daños ambientales, como un objetivo apreciable en sí mismo, con independencia de las repercusiones que puedan ocasionarse en los territorios de otras naciones. Requiere por ello de acciones y medidas -regulatorias, administrativas o de otro tipo- que se emprendan en una fase temprana, antes que el daño se produzca o se agrave.

Constituye entonces un postulado de máxima importancia para el derecho ambiental, en tanto hace virar el énfasis de toda la política pública y del marco legal hacia un modelo que prepara y organiza las tareas necesarias para evitar que el daño se produzca, antes que a un modelo curativo, pendiente de la sanción y la reparación. Esta aproximación ha sido respaldada por diversos instrumentos internacionales como la **Declaración de Estocolmo de 1972**²¹⁴, la

²¹² Corte Constitucional, sentencias T-080 de 2015 y C-449 de 2015.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ Principios 6, 7, 15 18 y 24.

Carta Mundial por la Naturaleza de 1982 y la Declaración de Río de 1992, que requiere a los Estados promulgar “*leyes eficaces sobre el medio ambiente*”²¹⁵.

Este principio ha sido desarrollado por otros instrumentos internacionales concentrados en áreas particulares como la extinción de las especies de flora y fauna²¹⁶, la polución de océanos por hidrocarburos²¹⁷, desechos radioactivos²¹⁸, desechos peligrosos y otras sustancias²¹⁹, pérdida de pescados²²⁰ y otros organismos²²¹, daño a la salud y el ambiente proviene de sustancias químicas²²².

La eficacia práctica de la acción preventiva requiere de una armonización con el principio de precaución, el cual como se verá a continuación, flexibiliza el rigor científico que se exige para que el Estado tome una determinación. Así, el principio de prevención se aplica en los casos en los que es posible conocer las consecuencias que tendrá sobre el ambiente el desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente pueda adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzca, con la finalidad de reducir sus repercusiones o de evitarlas, mientras que el principio de precaución opera en ausencia de la certeza científica absoluta²²³.

Principio de precaución.

7.35. En el ámbito internacional, el principio Núm. 15 de la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992, sobre Medio Ambiente y Desarrollo, se refiere al principio de precaución de la siguiente manera:

“Principio 15. Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

Esta idea, a su vez, fue expresamente incluida por el artículo primero de la Ley 99 de 1993, el cual sostiene que el proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro. De hecho, esta ley le confiere una importancia mayúscula al principio de precaución al señalar que la formulación de las políticas ambientales, si bien tendrá en cuenta el resultado

²¹⁵ Principio 11.

²¹⁶ Convención de Londres de 1933, Art. 12 (2), y Protocolo, párrafo. 1.

²¹⁷ Convención contra la contaminación por petróleo de 1954, Preámbulo; 1969 CLC, Art. 1 (7).

²¹⁸ Convención del Mar Abierto de 1958, Art. 25.

²¹⁹ Convención de Oslo de 1972, Art. 1; Convención de Londres de 1972, Art. 1; Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los Buques o MARPOL 73/78, Art. 1 (1).

²²⁰ 1995 “*Straddling Stocks Agreement*”.

²²¹ Convención para la Biodiversidad de 1992, Preámbulo y Art. 1.

²²² 1998 “*Chemicals Convention*”, Art. 1.

²²³ Corte Constitucional, sentencias T-1077 de 2012 y C-449 de 2015.

del proceso de investigación científica, debe prevalecer una orientación encaminada a la precaución y a evitar la degradación del medio ambiente²²⁴.

Sus elementos constitutivos han sido abordados por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos:

“Para tal efecto, debe constatar que se cumplan los siguientes elementos: 1. Que exista peligro de daño; 2. Que éste sea grave e irreversible; 3. Que exista un principio de certeza científica, así no sea ésta absoluta; 4. Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente. 5. Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado.

Es decir, el acto administrativo por el cual la autoridad ambiental adopta decisiones, sin la certeza científica absoluta, en uso del principio de precaución, debe ser excepcional y motivado. Y, como cualquier acto administrativo, puede ser demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Esto hace que la decisión de la autoridad se enmarque dentro del Estado de Derecho, en el que no puede haber decisiones arbitrarias o caprichosas, y que, en el evento de que esto ocurra, el ciudadano tiene a su disposición todas las herramientas que el propio Estado le otorga. En este sentido no hay violación del debido proceso, garantizado en el artículo 29 de la Constitución”²²⁵.

7.36. El principio de precaución se erige como una herramienta jurídica de gran importancia, en tanto responde a la incertidumbre técnica y científica que muchas veces se cierne sobre las cuestiones ambientales, por la inconmensurabilidad de algunos factores contaminantes, por la falta de sistemas adecuados de medición o por el desvanecimiento del daño en el tiempo²²⁶. No obstante, partiendo de que ciertas afectaciones resultan irreversibles, este principio señala un derrotero de acción que *“no sólo atiende en su ejercicio a las consecuencias de los actos, sino que principalmente exige una postura activa de anticipación, con un objetivo de previsión de la futura situación medioambiental a efectos de optimizar el entorno de vida natural”²²⁷.*

En el orden internacional, la aplicación del principio de precaución sigue generando posiciones encontradas. Dentro de ciertos sectores se considera una herramienta eficaz para lograr una acción jurídica oportuna que atienda desafíos ecológicos cruciales como el cambio climático y la reducción de la capa de ozono. Mientras que los opositores de la medida describen con recelo el potencial para generar regulaciones excesivas que terminan por limitar la actividad humana. Aún no existe consenso en la comunidad internacional

²²⁴ Ley 99 de 1993, art.1 (6).

²²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-293 de 2002. Ver también C-339 de 2002 y C-071 de 2003.

²²⁶ Algunos doctrinantes atribuyen la aparición del principio de precaución a tres características evidentes del medio ambiente: “primero, las personas son, en general, propensas a prestar poca atención a cierto tipo de riesgos, ya que algunos daños pueden llegar a ser manifiestos sólo muchos años después de los eventos que los originaron; segundo, los impactos en el medio ambiente pueden ser difíciles o imposibles de invertirse en escalas humanas de tiempo; tercero, recurrir a la política una vez las elecciones están hechas, es con frecuencia inútil, ya que algunas decisiones son literalmente irreversibles en la práctica” D. Uribe Vargas, F. Cárdenas Castañeda. Derecho Internacional Ambiental, Bogotá, Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010, p. 194. Citado en las sentencias T-397 de 2014 y T-080 de 2015.

²²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 2010.

respecto a su entendimiento y alcance. El punto central de la discrepancia consiste en establecer cuál es el nivel de evidencia científica que debe exigirse para poder ejecutar un proyecto. En este sentido, se ha propuesto incluso una interpretación más extensiva, en virtud de la cual la carga de la prueba se traslada sobre el agente potencialmente contaminante (sea un Estado, una empresa o un ciudadano), quien deberá demostrar que su actividad o los residuos que se produzcan no afectarán significativamente el entorno²²⁸.

En similar sentido, por ejemplo, el profesor Cass Sunstein, ha reflexionado sobre los graves problemas relacionados con el **concepto de irreversibilidad del daño ambiental** y las medidas que para tratar de evitarlo han sido diseñadas e implementadas a nivel internacional, como es el caso del principio de precaución. A este respecto, ha señalado que *“muchos problemas ambientales tienen importantes elementos de irreversibilidad. Si, por ejemplo, una especie desaparece, muy probablemente se perderá para siempre; el mismo concepto aplica y es cierto para áreas vírgenes. Los organismos genéticamente modificados también podrían llegar a producir un daño ecológico irreversible; las semillas transgénicas podrían imponer pérdidas irreversibles por el incremento de la resistencia frente a las plagas. Recientemente, el problema del cambio climático ha despertado las más serias preocupaciones acerca del concepto de irreversibilidad. Algunos gases de efecto invernadero permanecen en la atmósfera por siglos, y por esa simple razón el cambio climático amenaza con ser irreversible”*, a lo anterior, agrega que: *“la preocupación global acerca del problema del cambio climático ha llevado a que las naciones consideren la adopción de un principio internacional que permite combatir esta clase de peligro: el principio de precaución que alude específicamente a tratar de evitar un daño irremediable”*²²⁹.

A nivel local, tanto la jurisprudencia constitucional como la administrativa han acogido este principio como una disposición crucial del derecho ambiental. Su impacto es tal que supone un cambio en la lógica jurídica clásica. Por contraposición a la teoría del daño cierto y verificable, vigente desde la tradición romana, la precaución opera sobre el riesgo del desarrollo, el riesgo de la demora, y produce una inversión de la carga de la prueba²³⁰. Con razón, la Corte ha aseverado que este postulado materializa *“en gran medida”* los deberes de protección con la naturaleza²³¹.

7.37. En la jurisprudencia constitucional existen varios ejemplos de su aplicación. En la sentencia **T-397 de 2014** se analizó el reclamo de los residentes de un apartamento en la ciudad de Bogotá, incluidos varios adultos y

²²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-080 de 2015.

²²⁹ Sunstein, Cass R. *“Two conceptions of irreversible environmental harm”*. Public Law and Legal Theory Working Paper No. 218, Reg-Markets Center, The Law School, The University of Chicago. [Traducción libre].

²³⁰ Según Néstor Cafferatta, *“Los principios y reglas del Derecho ambiental”*. Citado por el Consejo de Estado, Sección Primera. Consejero ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Sentencia del 28 de marzo de 2014. Radicación número: 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP).

²³¹ Corte Constitucional, C-988 de 2004.

un menor de 20 meses de edad, quienes denunciaron el ruido excesivo y peligros para la salud que consideran se originaban en una “*antena monopolo*” instalada por una empresa de telecomunicaciones a un metro de distancia del inmueble.

En este escenario, la Corte encontró satisfechos los requisitos jurisprudenciales para darle aplicación al principio de precaución, no sólo para la protección del medio ambiente sino específicamente para la salud del niño²³². Atendiendo lo anterior, dispuso el desmonte de la antena. Igualmente, se ordenó al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que, dentro del marco de sus funciones y en aplicación del principio de precaución, regular la distancia prudente entre las torres de telefonía móvil y las viviendas, instituciones educativas, hospitales y hogares geriátricos.

7.38. Por otro lado, la sentencia **T-154 de 2013** abordó el reclamo de un trabajador rural, quien indicó que la finca “*Los Cerros*” en la que residía con su familia, ubicada en el corregimiento La Loma, se encontraba aproximadamente a 300 metros de distancia de la mina de carbón “*Pribbenow*”, propiedad de la empresa Drummond Ltda., la cual era explotada “*indiscriminadamente y sin control ambiental alguno*”, ya que los trabajos de minería se llevaban a cabo las 24 horas del día. Lo que ocasionaba, según su relato, (i) ruido “*insoportable*”, por el funcionamiento de las máquinas; (ii) “*polvillo y material particulado*” disperso en el aire, producido por la explotación; (iii) afecciones a la salud, en especial “*tos, ojos irritados y molestias en sus oídos*” y, en algunos casos, fiebre y dificultad para respirar. En sede de Revisión, la Corte invocó el principio de precaución para conceder el amparo y señaló que, incluso, en caso de insuficiencia probatoria “*ya se ha efectuado referencia al principio de precaución, de imperio trasnacional e interno, que conduce a que la falta de certeza científica no puede aducirse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para precaver la degradación del ambiente y la generación de riesgos contra la salud*”²³³.

En consecuencia, se ordenó a la compañía demandada que en el término máximo de tres meses ejecutara la instalación de maquinaria de última generación técnica, al igual que amortiguadores, lavadores, cubiertas y recuperadores de carbón y sus partículas, para contrarrestar el ruido y la dispersión del polvillo residual.

Adicionalmente, en las sentencias **T-1077 de 2012** y **T-672 de 2014**, se reiteró

²³² A este respecto, la Corte consideró lo siguiente: “*a) La exposición del menor a la radiación electromagnética producida por la antena de telefonía móvil, situada aproximadamente a 25 metros de distancia del lugar en el que habita, conlleva el riesgo, aunque no la certeza científica absoluta, de una afectación grave en su salud a largo plazo, teniendo en cuenta que se trata de un niño de muy corta edad, que tiene en desarrollo su sistema nervioso. b) Es evidente que, si ese riesgo se llega a concretar en el futuro, las consecuencias en la salud del menor serán graves e irreversibles. c) Si bien el principio de precaución suele aplicarse como instrumento para proteger el derecho al medio ambiente sano, también ha sido aplicado por esta Corporación a favor del derecho a la salud en casos como los resueltos en las Sentencias T-104 de 2012 y 1077 del mismo año*”.

²³³ En igual sentido consultar las sentencias T-1077 de 2012 y T-672 de 2014.

que el principio de precaución puede ser empleado para proteger el derecho a la salud. Las decisiones antes reseñadas evidencian que, tanto la legislación colombiana como la jurisprudencia constitucional, reconocen la posibilidad de aplicar el principio de precaución, para proteger la salud de las personas.

7.39. En resumen, para la Corte no ofrece duda que el cambio de paradigma que ha venido operando con el paso del tiempo ha implicado un redimensionamiento de los principios rectores de protección del medio ambiente, **como su fortalecimiento y aplicación más rigurosa bajo el criterio superior del *in dubio pro ambiente* o *in dubio pro natura***, consistente en que ante una tensión entre principios y derechos en conflicto la autoridad debe propender por la interpretación que resulte más acorde con la garantía y disfrute de un ambiente sano, respecto de aquella que lo suspenda, limite o restrinja²³⁴.

7.40. Ante el deterioro ambiental a que se enfrenta el planeta, del cual el ser humano hace parte, en gran medida debido al desarrollo de industrias extractivas como la minería, es preciso seguir implementando medidas que busquen preservar la naturaleza, bajo regulaciones y políticas públicas que se muestren serias y más estrictas para con su garantía y protección, incentivando un compromiso real y la participación de todos -incluidas las comunidades- con la finalidad de avanzar hacia un mundo respetuoso con los demás. Se impone entonces una *mayor consciencia, efectividad y drasticidad* en la política defensora del medio ambiente frente a las potenciales amenazas que plantean los proyectos extractivos y de desarrollo en general.

Se trata, entonces, de establecer instrumentos jurídicos que reconozcan la *progresividad* en los derechos, resguarden el principio *pluralista* y ofrezcan una mayor *justicia y equidad*, apartando una concesión de simple benevolencia por una de reconocimiento colectivo de nuestra especie consistente en que compartimos el planeta con otros seres vivos en un nivel de interdependencia. La justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano, ya que la sociedad es capaz de preocuparse y ocuparse por lo cercano y lo lejano, de cuestionarnos sobre el deterioro ambiental -más allá de los beneficios que nos procuren- y de reconocer un valor al mundo natural. El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (art. 174), ha avanzado en el establecimiento de otros principios que gobiernan la política ambiental europea, pudiendo destacarse el de "*corrección en la fuente de los atentados al medio ambiente*", cuyo alcance está dado en que la política ambiental debe luchar contra el daño a la naturaleza *evitando su nacimiento mismo*.

7.41. En este sentido y luego de repasar algunas de las principales características de la política minero-energética colombiana y las disposiciones constitucionales que garantizan la protección del medio ambiente, en tanto *interés superior*, para la Corte resulta claro que la actividad minera, es una

²³⁴ Corte Constitucional, sentencias C-339 de 2002 y C-449 de 2015.

actividad que tiene la potencialidad de afectar el medio ambiente y la sostenibilidad de los recursos naturales, por lo cual, el Estado debe tomar medidas estrictas de regulación y control de su ejercicio legal -desde el nivel local al nacional-, en tanto la Carta Política de 1991 -que ha sido denominada por la jurisprudencia de la Corte una *Constitución Ecológica*- protege el **interés superior del medio ambiente** y su disfrute por las comunidades humanas. Este juicio tiene aún mayor relevancia respecto de la llamada **minería ilegal**, que sin mayor control estatal, como consecuencia de una política minero-energética que ha mostrado ser inefectiva, se desarrolla en el país y que debe ser tratada de manera prioritaria e integral.

8. Efectos de las sentencias que profiere la Corte Constitucional en sede de revisión. Efectos *inter comunis*.

8.1. Por regla general, los efectos de las providencias que profiere la Corte Constitucional en su labor de revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela son *inter partes*, es decir, que solo afectan situaciones particulares de quienes intervienen en el proceso de revisión.

Sin embargo, en los términos definidos por la jurisprudencia de esta Corporación, la Corte, con estricto apego a la Constitución, también puede determinar o modular los efectos de sus fallos, decidiendo en un caso concreto cuál es el efecto que mejor protege los derechos constitucionales fundamentales y garantiza su plena eficacia.

Haciendo uso de esa potestad, esta Corte ha proferido numerosas sentencias de tutela a las que ha dotado de efectos que tienen un alcance mucho mayor al *inter partes*, cuando advierte en un determinado asunto que amparar exclusivamente los derechos invocados por quien promueve la acción, sin considerar los efectos que tal decisión tendría respecto de quienes en circunstancias comunes no acudieron a dicho mecanismo, podría implicar el desconocimiento de otras garantías fundamentales. A estos efectos se les ha denominado *inter comunis* (entre comunes).

Sobre el particular, en la sentencia **SU-1023 de 2001**, se señaló que existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercute, de manera

directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes.

En otras palabras, hay eventos excepcionales en los cuales los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental del demandante como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela, siempre y cuando se evidencie la necesidad de evitar que la protección de derechos fundamentales del accionante se realice paradójicamente en detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran en condiciones comunes a las de aquel frente a la autoridad o particular accionado.

Desde esa óptica, los efectos *inter comunis* pueden definirse como aquellos efectos de un fallo de tutela que de manera excepcional se extienden a situaciones concretas de personas que, aún cuando no promovieron el amparo constitucional, se encuentran igualmente afectadas por la situación de hecho o de derecho que lo motivó, producto del actuar de una misma autoridad o particular, justificado en la necesidad de dar a todos los miembros de una misma comunidad un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

9.- Análisis del caso concreto.

Introducción.

9.1. En el caso sometido a consideración de la Corte, las comunidades demandantes interpusieron acción de tutela para detener el uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal ilegales, que incluyen maquinaria pesada -dragas y retroexcavadoras- y sustancias altamente tóxicas -como el mercurio- en el río Atrato (Chocó), sus cuencas, ciénagas, humedales y afluentes, que, a su juicio, se han venido intensificando desde hace varios años y que están teniendo consecuencias nocivas e irreversibles en el medio ambiente, afectando con ello los derechos fundamentales de las comunidades étnicas y el equilibrio natural de los territorios que habitan.

A lo anterior, agregan que la explotación minera mecanizada -que se viene desarrollando a gran escala de forma ilegal desde finales de la década de los noventa por diferentes actores- afecta principalmente la cuenca alta y media del río Atrato e incluso su desembocadura en el golfo de Urabá, así como sus afluentes principales, en particular, el río Quito, el río Andágueda (territorio de Cocomopoca), el río Bebará y el río Bebaramá (territorio de Cocomacia); concretamente, a través del uso de maquinaria pesada como dragas de succión -también llamadas por los locales "dragones"-, elevadores hidráulicos y retroexcavadoras, que a su paso destruyen el cauce del río y realizan vertimientos indiscriminados de mercurio y otras sustancias e insumos requeridos (como cianuro, gasolina y grasas, etc.) para el desarrollo de estas

actividades en el Atrato y sus afluentes, además de la dispersión de vapores que arroja el tratamiento del mercurio en los entables mineros.

En este sentido, los demandantes consideran que las entidades estatales accionadas (tanto del nivel local como del nivel nacional) son responsables por la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio por su conducta omisiva al no realizar acciones efectivas para detener el desarrollo de tales actividades mineras ilegales, que han generado la configuración de grave crisis humanitaria y ambiental en la región donde se desarrollan los hechos del caso.

Metodología de resolución del caso.

9.2. Debido a la complejidad del asunto que es sometido a revisión de la Corte Constitucional por la variedad de problemas que presuntamente afectan los derechos fundamentales de los accionantes, la Sala: (i) resolverá las cuestiones jurídicas planteadas; y (ii) proferirá una serie de órdenes y medidas de urgencia que permitan enfrentar de forma efectiva la crisis originada por la minería ilegal que viven las comunidades étnicas del Chocó.

Resolución del problema jurídico planteado.

9.3. De forma preliminar, la Corte considera que para resolver el problema jurídico planteado en esta ocasión, debe: (i) reseñar algunos informes de referencia que describen la grave situación de la minería ilegal en el departamento del Chocó; (ii) presentar las afectaciones constatadas en la inspección judicial realizada en Chocó en enero de 2016; (iii) plantear una serie de conclusiones sobre los asuntos jurídicos sometido a su consideración, y finalmente, (iv) realizar algunas consideraciones sobre la política pública en materia de minería ilegal.

9.4. A modo de ilustración, la Sala debe comenzar señalando que la grave situación humanitaria, sociocultural y ambiental en que está sumido el departamento del Chocó es histórica. Los orígenes de la crisis humanitaria en la región son antiguos, profundos y estructurales. Algunos de los factores que se han identificado en la literatura que ha estudiado el tema en detalle sugieren que la pobreza del Chocó obedece, en términos generales, a las siguientes razones: (i) un legado colonial de instituciones político-administrativas débiles o inexistentes; (ii) difíciles condiciones geográficas y climáticas que incrementan los costos de los factores de producción y “aislan” al departamento del resto del país y a la vez favorecen el asentamiento de grupos armados ilegales; (iii) una estructura económica extractiva enfocada exclusivamente en la explotación de recursos naturales, en particular, la minería del oro, la plata y el platino; y (iv) el aislamiento del departamento de la actividad económica nacional²³⁵.

²³⁵ Bonet, Jaime. “¿Por qué es pobre el Chocó?”. Documentos de trabajo sobre economía regional, Núm. 90, Banco de la República, Bogotá, Centro de Estudios Económicos Regionales, 2007.

9.5. A esta situación histórica de pobreza, marginación, aislamiento institucional y de acumulación de un gran número de necesidades básicas insatisfechas -en una región del país que ha sido históricamente afectada por la violencia, el desplazamiento y el conflicto armado interno-, se ha sumado en las últimas décadas la incursión de nuevos grupos armados ilegales y el **aumento exponencial de la minería ilegal**, lo que, en palabras de la Defensoría del Pueblo, *“ha generado una crisis humanitaria sin precedentes en el Chocó que demanda la acción conjunta de todo el Estado, su institucionalidad y de las entidades territoriales en todos sus niveles para dar atención y solución definitiva a la grave crisis que vive este departamento”*²³⁶.

9.6. Con base en múltiples denuncias sobre la situación anteriormente descrita, y en cumplimiento de sus funciones constitucionales, la Defensoría del Pueblo ha documentado ampliamente el desarrollo de la minería ilegal y la vulneración de derechos fundamentales que esta produce en el país, especialmente, en el departamento del Chocó. En 2010, publicó el informe **“La minería de hecho en Colombia”** en el que la Defensoría reportó alarmantes incrementos en esta actividad en municipios ribereños del Atrato como Carmen del Atrato, Bagadó, Condoto, Itsmina, Sipí y Tadó; y también alertó sobre la llegada masiva de extranjeros con grandes máquinas destinadas a actividades extractivas ilegales, frente a lo que recomendó mayor presencia de niveles ministeriales para atender el problema.

Al respecto, el informe referido puntualizó lo siguiente: *“Es pertinente anotar que tanto en este Distrito Minero como en las demás zonas mineras del Pacífico colombiano, desde mediados de la década de los ochenta hasta hoy, un grupo significativo de actores foráneos ha venido agresivamente, de manera inconsulta y sin control institucional de las autoridades competentes desarrollando actividades extractivas mineras de manera indiscriminada e irracional, lo cual ha causado a que se alteren y degraden masivamente gran parte de los territorios colectivos de las comunidades negras del Pacífico; de esta forma se presentan agudos y complejos impactos minero-ambientales de diversa índole en la macro región.”*

9.7. En el mismo año, la Defensoría presentó el **informe de riesgo Núm. 015 de 2010** emitido para la subregión del Atrato en el departamento del Chocó (Sistema de Alertas Tempranas – SAT) en el que identificó que los proyectos mineros ilegales y los cultivos ilícitos comenzaron a afianzarse en 2010 como importante factor de disputa entre actores armados ilegales presentes en Chocó²³⁷.

²³⁶ Defensoría del Pueblo. “Crisis humanitaria en el Chocó: diagnóstico, valoración y acciones de la Defensoría del Pueblo” (2014) y “Resolución Defensorial 064 de 2014”.

²³⁷ En este sentido, refirió que: *“otro motivo de la disputa entre los grupos armados ilegales radica en el establecimiento de megaproyectos mineros y viales. En la zona se avanza en la ejecución de proyectos relacionados con la explotación de recursos naturales en las zonas aledañas al cerro Careperro, franja montañosa rica en minerales como cobre, zinc y plomo, en inmediaciones de los municipios de Carmen del Darién, Vigía del Fuerte y Murindó; y en los planes de integración vial y fluvial a mercados globales en el marco*

9.8. Posteriormente, en diciembre de 2012, la Defensoría presentó su **informe de seguimiento a la publicación “Minería de hecho en Colombia”**. En este documento la Defensoría del Pueblo profundizó la caracterización de los conflictos sociales que genera la minería legal e ilegal en zonas donde la minería artesanal ha sido una fuente de sustento histórico. En particular, resaltó el aumento de conflictos con grupos étnicos por la concesión de títulos mineros a foráneos sin realizar procesos de consulta previa. Adicionalmente, se reiteraron las recomendaciones hechas en la publicación de 2010, enfatizando que *“en territorios donde existen comunidades étnicas (pueblos indígenas o afrocolombianos), que tradicionalmente han realizado actividades mineras artesanales, son adjudicados títulos mineros a foráneos, sin realizar el respectivo proceso de consulta previa ni garantizar el derecho de prelación en favor de las comunidades étnicas contemplado en el Código de Minas.”*

9.9. Finalmente, en 2014 a través de dos nuevas publicaciones²³⁸ la Defensoría expresó sus conclusiones sobre la grave crisis que afronta el departamento del Chocó. En la primera, **“Crisis humanitaria en el Chocó: diagnóstico, valoración y acciones de la Defensoría del Pueblo”** la entidad reportó la existencia de presiones de grupos armados ilegales a autoridades civiles y étnicas para acceder a las utilidades que deja el recurso minero y maderero en el Chocó, al igual que la entrada de milicias urbanas para proteger entables mineros ilegales. De igual forma, caracterizó la afectación a la autonomía territorial de los pueblos indígenas por la presión de proyectos mineros en zonas históricamente habitadas por grupos étnicos. Asimismo, alertó sobre la dependencia económica que existe en torno al mercado aurífero en el departamento, y la preocupación porque, con información aportada por la ANLA y la ANM, se concluyó que la gran mayoría de proyectos mineros operaban sin título minero y/o licencia ambiental alguna, es decir, en la ilegalidad. Además, dentro de los impactos ambientales profundizados por la minería se encuentra la falta de acceso a agua potable, destrucción de fuentes hídricas, sedimentación y desvío de ríos, pérdida de biodiversidad, entre otras²³⁹.

9.10. La segunda publicación, en especial, llama la atención de la Corte: se trata de la **Resolución Defensorial 064** (septiembre de 2014), en la cual se detallaron los principales problemas encontrados en materia de garantía de una amplia gama de derechos fundamentales y condiciones de vida en general, y se hicieron una serie de recomendaciones urgentes al gobierno nacional para que tomara

del proyecto Arquímedes, con el propósito de recuperar la navegabilidad del Atrato y conectar este con el río San Juan y el océano Pacífico.”

²³⁸Ibidem.

²³⁹ En sus conclusiones, el referido informe añadió lo siguiente: *“a lo anterior se suma, la grave problemática ambiental derivada de las actividades de extracción de metales como el oro y el platino, ya que si bien la actividad de minería en el departamento del Chocó se ha desarrollado históricamente y ha sido una fuente de trabajo para las comunidades, la dinámica bajo la cual se están desarrollando dichas actividades están generando conflictos socio ambientales, por presión ejercida sobre el patrimonio ambiental, la degradación del tejido social en los territorios étnicos y colectivos, la falta de capacidad de algunas de las instituciones del departamento y el conflicto armado que está presente en muchas zonas del Chocó en donde se disputan por el control territorial y el control sobre los bienes ambientales.”*

medidas concretas que hasta el momento no han sido efectivamente atendidas de acuerdo a lo expuesto en el informe conjunto de seguimiento -Directiva Conjunta 005- elaborado por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación²⁴⁰.

En la referida resolución se hizo un diagnóstico global de la situación del departamento y se presentaron 10 recomendaciones generales con mandamientos específicos por temas y derechos afectados para cada una de las entidades del Estado involucradas. Las conclusiones de dicho documento, recogen a su vez los principales lineamientos de un completo informe previo de la misma entidad titulado *“Crisis humanitaria en el Chocó: diagnóstico, valoración y acciones de la Defensoría del Pueblo”*²⁴¹.

9.11. El agravamiento de la problemática descrita, a causa del desbordamiento de la explotación minera ilegal en los últimos años ha hecho que los órganos de vigilancia y control, sin excepción, hayan llamado la atención del Gobierno nacional, en reiteradas ocasiones, sobre la crítica situación que afecta al departamento del Chocó, en especial, respecto de la minería que se desarrolla en forma ilegal. Desde la serie de investigaciones sobre minería y medio ambiente publicadas por la Contraloría General de la República (2013)²⁴², pasando por los informes generales sobre la situación de la minería en el país y en Chocó presentados por la Procuraduría General de la Nación año a año²⁴³, hasta los informes y resoluciones de la Defensoría del Pueblo, en especial la Núm. 064 de 2014 que declaró un estado de emergencia humanitaria y social en el Chocó, que han sido en su mayoría reseñados en esta sentencia, las entidades estatales han tenido la posibilidad de conocer la dimensión de la afectación de derechos fundamentales que ocurre en esta región del país donde habitan los pueblos accionantes, en virtud del fenómeno de la minería ilegal.

9.12. Ahora bien, la situación de la minería ilegal en Chocó es tan alarmante que recientemente, organismos internacionales como la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito -UNODC-, han proferido informes específicos sobre la explotación de oro en Chocó en los que confirma la grave situación que vive la región por cuenta de la minería ilegal²⁴⁴. Dicho informe manifiesta que *“existe preocupación de los ciudadanos en general por el reciente auge de la explotación de oro de aluvión en el territorio colombiano, que no está enmarcado en la normatividad vigente para el desarrollo de esta actividad y que en muchos casos implica la creación de una cadena productiva*

²⁴⁰ Cuaderno de pruebas Núm. 2, folios 428 a 499.

²⁴¹ Dicha resolución en su versión completa hace parte del cuaderno principal de tutela, folios 124-220.

²⁴² La serie sobre *“Minería en Colombia”* de la Contraloría General de la República fue dirigida por Luis Jorge Garay Salamanca y se compone de cuatro volúmenes: 1.- Fundamentos para superar el modelo extractivista; 2.- Derechos, Políticas Públicas y Gobernanza; 3.- Daños ecológicos y socio-económicos y consideraciones sobre un modelo minero alternativo; 4.- Control público, memoria y justicia socio-ecológica, movimientos sociales y posconflicto.

²⁴³ Cuaderno de pruebas Núm. 6, folio 2601 y CD adjunto.

²⁴⁴ UNODC: *“Colombia: explotación de oro de aluvión. Evidencias a partir de una percepción remota”*, Junio de 2016.

*que financia y fortalece la delincuencia organizada*²⁴⁵.

Visto el panorama general que presentan los informes de varias entidades dedicados a la minería ilegal en los últimos seis años (2010-2016), pasará la Corte a reseñar las afectaciones que constató en la inspección judicial realizada en enero de 2016 en algunos sectores de la cuenca del río Atrato (Chocó) y varios de sus afluentes y territorios aledaños.

9.13. La Sala debe comenzar señalando que tanto las comunidades accionantes, como diversas entidades estatales, la Diócesis de Quibdó, Codechocó, Corpourabá, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, los expertos de las Universidades de Cartagena y Chocó, organismos internacionales como la ONU y organizaciones no gubernamentales como Dejusticia y WWF Colombia, entre otros, confirmaron *in situ* el uso intensivo de maquinaria pesada y sustancias tóxicas como el mercurio en el proceso de extracción del oro en el río Atrato en el recorrido que en la inspección judicial se hizo por el río y sus afluentes²⁴⁶. La Defensoría del Pueblo (folios 1871-1989) y la Procuraduría General de la Nación (folios 1988-2007) así lo manifestaron en sus respectivos informes de acompañamiento a la inspección judicial.

A continuación la Sala referirá las principales afectaciones denunciadas dentro de la inspección judicial realizada en Quibdó (Chocó) y el recorrido que se desarrolló en varios territorios aledaños de la cuenca del río Atrato y algunos de sus afluentes. También se referirán algunos apartes de las principales intervenciones realizadas por institutos, universidades y expertos, allegadas a la Corte en el trámite de revisión del expediente de la referencia.

9.14. **En materia de afectaciones a la salud**, los demandantes²⁴⁷ afirmaron que como consecuencia del uso del mercurio dentro de las actividades de explotación

²⁴⁵ Algunos de los preocupantes resultados en materia ambiental y derechos de comunidades étnicas que presenta el referido estudio, en su resumen ejecutivo, son los siguientes: "Los resultados señalan que para el año 2014 Colombia tenía 78.939 hectáreas con evidencias de explotación de oro de aluvión (EVOA), distribuidas en 17 de los 32 departamentos del país. **El 79% se encuentra en dos departamentos: Antioquia y Chocó.** Nechí (Antioquia) es el municipio que presenta la mayor área afectada (6.232 ha) que representa el 8% de la afectación nacional.

El estudio alerta sobre la presencia de EVOA en territorios especiales. Los Consejos comunitarios resultaron ser los más afectados, el 46% de las EVOA se encuentra en este tipo de territorios por lo cual el diseño de política pública debería considerar sus particularidades. Aunque la afectación en resguardos indígenas es mucho menor, se focaliza en comunidades Emberá-Katío, en los departamentos de Chocó y Antioquia altamente vulnerables. Respecto a Parques Nacionales, 5 de ellos ya tienen EVOA al interior del parque y 9 más en zonas cercanas.

El estudio también demuestra que la explotación de oro de aluvión es uno de los principales motores de pérdida de coberturas en Colombia. La pérdida total de coberturas de alto valor ambiental asociada a las actividades de explotación de oro de aluvión fue de 24.450 ha para el año 2014 y se concentró en Chocó (77%), uno de los hotspots de biodiversidad más importantes del mundo;

El estudio desarrolla la relación entre EVOA y las figuras autorizadas por la ley para la explotación de oro (Licencias ambientales, Amparo de Títulos sin licencia, Solicitudes de legalización y Propuestas de contrato), que reglamentan la producción minera; **se encontró que el 60% de los EVOA no coincide con ninguna figura, el 40% presenta relación con alguna figura pero solo el 2% cumple con todos los requisitos para la explotación**". (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

²⁴⁶ Acta Final de Inspección Judicial realizada por la Corte Constitucional. Folios 2106-2119.

²⁴⁷ Cuaderno de pruebas Núm. 5, folios 2095-2102.

minera ilegal “*las afectaciones más graves a las comunidades -en términos de salud y degradación medio ambiental de ríos y bosques- se presentan en las zonas aledañas al río Atrato y sus afluentes, en los territorios de Río Quito, la Soledad, Villa Conto, San Isidro y Paimadó, entre otros; afectaciones que estiman ocurren en cerca del 84% del territorio colectivo de las comunidades. Explican que, de acuerdo a estudios del Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico -IIAP-, se han reportado casos de abortos espontáneos, enfermedades vaginales, cutáneas y hongos producidos por la presencia de mercurio, metilmercurio y cianuro en las aguas del río*”.

En igual forma, señalaron que “*como consecuencia de la presencia de mercurio y otras sustancias químicas tóxicas en las aguas del río Atrato hay proliferación de nuevas enfermedades vaginales y cutáneas. Para estas comunidades, el río es el centro de su vida social y cultural: es allí donde se identifican como pueblo, donde lavan la ropa, se bañan, juegan, nadan, pescan y comparten actividades culturales y recreativas*”.

Indicaron que “*es alarmante el nivel de mercurio que ha encontrado el IIAP en las poblaciones y refiere estudio que fue practicado sobre 160 personas en la cuenca del río Atrato y sus afluentes (río Quito), según el cual, el nivel de mercurio encontrado en la sangre es de 60 puntos por millón, cuando el promedio mínimo mundial considerado aceptable es de 0.5 puntos por millón y en Colombia es de 1.0 por persona*”.

También refirieron que “*estudios recientes realizados por la WWF Colombia y la Universidad de Cartagena (Grupo de Toxicología) sobre 80 habitantes de Quibdó para determinar la presencia de metales pesados en la población, encontraron que en dos casos el porcentaje de mercurio en la sangre es de 116 puntos por millón. A lo anterior agrega que hace falta practicar ese mismo tipo de estudios en las comunidades negras que habitan las cuencas de los ríos Bebará y Bebaramá (en territorio de Cocomacia) y en el río Neguá, todos afluentes del Atrato*”. Sin embargo, concluyen que frente a esta grave problemática “*se requiere la realización de estudios epidemiológicos y ecotoxicológicos para determinar con claridad una línea base que permita entender la gravedad del problema y los efectos asociados del mercurio, que aún no se han realizado*”.

En igual sentido, el profesor Jesús Olivero de la Universidad de Cartagena²⁴⁸, especialista internacional en toxicología y que ha conducido numerosas investigaciones en materia de contaminación por mercurio y otras sustancias tóxicas, indicó en la inspección judicial realizada en Quibdó las siguientes consideraciones sobre la situación de las comunidades étnicas afectadas por la minería ilegal.

En términos generales, el profesor explicó los efectos que produce el mercurio

²⁴⁸ Acta Final de Inspección Judicial, folio 2104 y ss.

cuando ingresa en seres vivientes: “señala que hay muchos trabajos que lo documentan. Afirma que los organismos sufren importantes afectaciones; una de ellas está relacionada con la pérdida de biodiversidad; y en los humanos el mercurio tiene efectos nocivos en diferentes áreas, el más grave de todos el efecto teratógeno, causante de malformaciones en niños. Señala que aunque no hay pruebas definitivas, sí hay evidencias de que algo está pasando en el río Atrato en relación con la contaminación de sus aguas con mercurio (metilmercurio) y cianuro”. A este respecto, citó el ejemplo de Minamata (Japón), una población cuya bahía fue contaminada con metilmercurio hace más de 60 años causando malformaciones y daño cerebral en los niños, hecho que obligó al Gobierno japonés a crear un hospital solo para estos casos que aún existe y trata pacientes.

En el caso concreto del río Atrato, “el profesor afirma que en un reciente estudio realizado con WWF Colombia se tomaron muestras aleatorias en 80 personas, habitantes de Quibdó, y que este análisis arrojó como resultado que en promedio estas personas tienen un nivel de mercurio de 13 partes por millón y que este alarmante nivel proviene del consumo del pescado contaminado con mercurio. Aclara que la actividad minera no se realiza en Quibdó, sino a varios kilómetros y que sin embargo sus efectos nocivos están presentes en los habitantes de toda la región, cuya principal fuente de alimento es el pescado del río”²⁴⁹.

En este punto recomienda a la Corte no esperar más tiempo sino actuar ahora, dado que ya se conocen los efectos nocivos del mercurio y que existen instrumentos internacionales que restringen su uso en actividades mineras como la Convención de Minamata. En ese sentido, sugirió que: “aunque hay que prohibir el uso del mercurio en actividades mineras, la sustancia no es el único problema. Explica que en el desarrollo de la explotación minera, que destruye los bosques, se pueden encontrar otras sustancias tan nocivas y tan tóxicas como el mercurio y son los metales pesados: torio, uranio, plomo, cadmio. Llama la atención sobre la urgencia de realizar estudios serios de toxicología y epidemiología en toda la región para determinar la presencia de estas sustancias y para entender la dimensión del problema y saber como responder efectivamente ante él”²⁵⁰.

Finalmente, reiteró que la falta de recursos y de capacidad institucional local, regional y nacional no pueden ser excusa para permitir que se “atente impunemente” contra el medio ambiente y no se realicen los controles que la ley ordena. A ese respecto, afirmó que “la problemática que genera la minería es tan grave que no deben establecerse diferencias de tratamiento entre si la minería se hace de forma legal o ilegal, porque ambas no tienen controles efectivos por parte de las autoridades y contaminan aún con título y licencia ambiental, no solo en Chocó sino en todo el país. Afirma que hay que tomar decisiones ya, y no esperar 5 o 10 años para actuar, porque no estamos frente a

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ *Ibidem*.

una zona cualquiera del país, estamos en una de las regiones más biodiversas del mundo que esta bajo gran amenaza como consecuencia de la minería y de un modelo extractivo que a cambio de regalías destruye el medio ambiente y no reinvierte socialmente. Advierte sobre la presencia de VIH en los entables mineros -sugiere se solicite estudio a MinSalud- y sobre cómo la minería está transformando los modos de vida tradicionales de las comunidades étnicas.” (Subrayado y negrilla fuera texto original)

En sentido complementario, el Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt²⁵¹, conceptuó lo siguiente sobre las implicaciones que en la vida, la naturaleza y las poblaciones humanas que tiene el uso del mercurio en procesos mineros ilegales que se desarrollan en Chocó: *“la contaminación con cianuro y mercurio es un factor determinante sobre la pérdida de biodiversidad y sobre la salud de los ecosistemas acuáticos. El cianuro tiene un efecto muy intenso pero localmente sobre las especies de una comunidad de organismos acuáticos. El mercurio tiene un efecto más extendido sobre los ríos y las comunidades de organismos asociados. El mercurio queda depositado en los sedimentos de los ríos, y al tener un carácter residual, pasa de un organismo a otros, se va acumulando y se fija en las redes tróficas. **En este sentido, termina siendo acumulado por peces y plantas que son consumidas por los humanos y tiene efectos directos sobre la salud humana.**”*

Durante la inspección judicial, la Defensoría del Pueblo²⁵² documentó diferentes clases de afectaciones en la salud humana como consecuencia de la exposición al mercurio, señalando que *“en la parte alta del río Atrato y del río Andágueda (municipios de Lloró y Bagadó) enfermedades como la malaria y el dengue han aumentado considerablemente debido a los empozamientos de agua generados por la minería ilegal, lo cual atrae a los mosquitos transmisores. Las infecciones urinarias y los cuadros de diarrea son comunes (...). Además los brotes de y otras infecciones dermatológicas causadas aparentemente al entrar en contacto directo con mercurio han llevado al abandono de las prácticas tradicionales como el baño en el río, lo que amenaza la relación de las comunidades étnicas con el río Atrato. Estas enfermedades afectan particularmente a mujeres embarazadas y a niños y niñas, frente a los cuales es necesario diagnosticar con estudios científicos si los diversos casos de malformación fetal es consecuencia directa del mercurio presente en el agua de los ríos y en los peces”.*

En sentido complementario, la Procuraduría General²⁵³, señaló que dentro de la inspección judicial, pudo evidenciar y registrar numerosas denuncias de las comunidades étnicas relativas a enfermedades vinculadas con la contaminación por mercurio que se usa en actividades mineras ilegales en la cuenca del río Atrato. Al respecto señalan en su informe de acompañamiento al a inspección que las enfermedades más comunes son *“graves infecciones vaginales, alergias cutáneas, pérdida de memoria, temblores y afectaciones neurológicas”.*

²⁵¹ Cuaderno de pruebas Núm. 4, folios 1494 a 1498.

²⁵² Cuaderno de pruebas Núm. 5, folios 1881-1882.

²⁵³ Cuaderno de pruebas Núm. 5, folios 1999-2000.

Finalmente, una de las grandes preocupaciones que encontró la Corte en su visita al Chocó está relacionada con la falta de estudios que puedan constatar o desvirtuar la presencia de mercurio u otras sustancias tóxicas en las comunidades étnicas por consumo de pescado o por circunstancias relacionadas con la contaminación ambiental que puedan orientar una respuesta institucional idónea y efectiva en la materia²⁵⁴.

9.15. **En materia de afectaciones al medio ambiente** (ríos, ciénagas y bosques), los representantes de las comunidades étnicas accionantes adujeron que los efectos nocivos del mercurio usado en actividades mineras ilegales, que concreta de la siguiente manera: *“(i) por contacto directo con la piel; (ii) por contaminación de la atmósfera cuando se quema la sustancia (al generar vapor y luego precipitaciones de lluvia ácida); (iii) por contaminación de las fuentes hídricas cuando el mercurio se vierte en los ríos se acumula en el agua, en las plantas y en los peces, que son la base del modo de vida y de las prácticas alimentarias de las comunidades étnicas. Añade que las comunidades étnicas que habitan en las márgenes del río Atrato (zonas alta, media y baja) sufren directamente los efectos de la contaminación por mercurio y cianuro en la medida en que todas sus actividades higiénicas, alimenticias, sociales y culturales se realizan en el río, a falta de infraestructura básica de acueducto y saneamiento básico”*²⁵⁵.

En este sentido, agregaron que *“la contaminación por sustancias químicas también afecta los bosques y que a esto se suma la explotación forestal que se realiza desde hace años en la zona -en particular en la región del bajo Atrato-*

²⁵⁴ Sobre este punto, el Instituto de Biología de la Universidad de Antioquia, señaló lo siguiente: *“La minería a gran escala, la deforestación y la explotación forestal, entre otras actividades, destruyen y/o degradan los hábitats de las especies y las funciones de los ecosistemas. Esta degradación de la biodiversidad tiene muchos impactos en el bienestar humano, pues ecosistemas empobrecidos limitan la provisión de bienes y servicios ambientales como alimentos (pesca, caza de subsistencia, recolección de frutos, etc.), medicinas, combustibles, materiales de construcción, y otros productos del bosque (fibras, tintas, etc.). Además, en los sitios degradados por minería o por deforestación se pueden observar otros impactos más directos en la salud y el bienestar general (incluso a nivel social y cultural) de las comunidades humanas, tales como:*

Problemas de salud por la bioacumulación de sustancias tóxicas: *Existe amplia evidencia de que la acumulación de metales pesados como el mercurio en los tejidos del cuerpo humano pueden causar toxicidad y llegar a ser carcinogénicos. Las personas expuestas a metales pesados presentan problemas de debilidad y fatiga, inflamaciones de la piel y múltiples órganos, y trastornos motrices, gastrointestinales, respiratorios, inmunes y neurológicos; muchos de los cuales pueden ser transferidos a infantes durante el embarazo [Bernhoft 2012, Tchounwou et al. 2012]. En Colombia tenemos varios estudios que demuestran la presencia de mercurio en poblaciones humanas [por ejemplo Marrugo et al. 2013, Olivero-Verbel et al. 2008, 2011, 2012, Olivero-Verbel y Solano 1998], y efectos perjudiciales en su salud, por ejemplo por genotoxicidad [Calao y Marrugo 2013]. La mayoría de estudios sobre la presencia y efectos de metales pesados en la salud humana han sido llevados a cabo en las regiones Caribe y Andina de Colombia, y se desconoce mucho sobre este tema en la región del Chocó biogeográfico.*

Deterioro de condiciones sanitarias y proliferación de vectores de enfermedades: *Los sitios degradados por minería y deforestación, en donde se alteran las condiciones del agua, el suelo y el aire, pueden convertirse en lugares con baja calidad sanitaria para la habitación humana. Incluso, en estos sitios se pueden crear hábitats propicios para la colonización de especies foráneas e invasoras, algunas de las cuales pueden causar enfermedades a los humanos. Por ejemplo, los sitios degradados pueden ser focos de alta producción de vectores de enfermedades como la malaria y otras enfermedades infecciosas. (...) La región del Chocó es vulnerable a epidemias de muchas de estas enfermedades infecciosas, y a muchos otros problemas sanitarios, por lo cual mayor investigación en estos temas es necesaria.”* (Subrayado y negrilla fuera texto original)

²⁵⁵ Cuaderno de pruebas Núm. 5, folios 2095-2102.

*sin control estatal efectivo*²⁵⁶.

A lo anterior añadieron que *“esta degradación ambiental no solo responde a un problema de derechos colectivos sino a una violación sistemática de derechos fundamentales como la vida digna, salud, libertad de locomoción, al territorio, y a la autonomía. Advierte una profunda transformación de los modos tradicionales de vida de las comunidades (agricultura, pesca, caza) debido a la minería”*²⁵⁷.

Respecto de los efectos principales de las actividades mineras ilegales en la cuenca del río Atrato y territorios aledaños, el Instituto de Ciencias Naturales de la Universidad Nacional²⁵⁸, en su intervención ante la Corte, confirmó la clase de afectaciones que se producen como consecuencia del desarrollo de tales actividades en ecosistemas acuáticos²⁵⁹ y terrestres²⁶⁰. Concluyó que como consecuencia de las actividades de dragado y de deforestación, pueden ocasionarse alteraciones *“como taponamientos y/o desvíos de cursos de agua, desecación de ciénagas, pérdidas en la conectividad de los ecosistemas acuáticos con graves efectos para la biodiversidad de la región”*. Así como, *“pérdida de cobertura vegetal, alteraciones del paisaje y pérdida de hábitat”*; a más de *“contaminación de los suelos y disposición inadecuada de sustancias químicas”*.

Adicionalmente, el Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt²⁶¹, conceptuó que la minería ilegal que se realiza en la cuenca del río Atrato no sólo afecta el medio ambiente al producir grandes remociones de capa vegetal (árboles nativos, especies endémicas, selva), así como la

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ Cuaderno de pruebas Núm. 4, folios 1465 a 1468.

²⁵⁹ *“En ecosistemas acuáticos: a) El dragado de lechos de ríos y ciénagas para extracción de sedimentos causa alteración fuerte en la dinámica natural de los sedimentos, y por ende en todas las especies acuáticas de fauna y flora asociada a los fondos de estos ecosistemas, particularmente en las comunidades de insectos acuáticos (bentos) y peces, en especial del bocachico, pez de mayor aporte a las pesquerías del Atrato y que se alimenta casi exclusivamente del detritus que se deposita en los sedimentos de ríos y ciénagas; b) Vertimiento de sustancias tóxicas, particularmente de mercurio y cianuro, de amplio uso regional en la minería de oro. El mercurio usado para amalgamar el oro es responsable de la bioacumulación de metilmercurio en los peces y consecuencia biomagnificación a lo largo de las cadenas tróficas, con un riesgo muy alto para la salud de las comunidades humanas asentadas en la cuenca, por su alta dependencia del consumo de pescado como fuente de proteínas. El vertimiento de cianuro conlleva a alteraciones en las calidades físico-químicas de las aguas, con efectos nocivos sobre la fauna y flora acuática; c) Escorrentía de sustancias sólidas. Las actividades asociadas a la minería de oro y deforestación pueden incrementar sustancialmente el transporte de sedimentos hacia los cauces y cuerpos de agua. En consecuencia, la llegada excesiva de sedimentos tiene efectos negativos en la biodiversidad y en los ecosistemas acuáticos; d) Alteración de cauces y cuerpos de agua. Como consecuencia de las actividades de dragado y de deforestación, pueden ocasionarse alteraciones como taponamientos y/o desvíos de cursos de agua, desecación de ciénagas, pérdidas en la conectividad de los ecosistemas acuáticos con graves efectos para la biodiversidad de la región.”*

²⁶⁰ *“En ecosistemas terrestres: a) Pérdida de cobertura vegetal. En general, las actividades de minería y la explotación forestal requieren de la apertura del bosque que conllevan a cambios en las coberturas naturales y alteraciones del paisaje. Estas modificaciones se manifiestan como pérdidas de hábitat y en la conectividad ecológica, alteración de corredores biológicos y disturbios en la estructura, composición de especies y funcionalidad de los ecosistemas; b) La contaminación de suelos por vertimiento de sustancias tóxicas puede generar nuevos vertimientos y disposición inadecuada de sustancias químicas, etc.”* (Negrilla fuera texto original)

²⁶¹ Cuaderno de pruebas Núm. 4, folios 1494 a 1498.

sedimentación del lecho fluvial, sino que termina alterando de forma abrupta el cauce de los ríos, amenazando con ello la valiosa biodiversidad de la región, que como se vio en los antecedentes y en el fundamento 5.3 de esta providencia, es una de las más importantes del planeta.

Por su parte, la Defensoría del Pueblo, señaló que debido a la gran devastación de las selvas chocoanas causadas por la actividad minera ilegal, la entidad ha realizado varios recorridos por la región, que se han referido en informes y publicaciones, algunos de ellos ya reseñados anteriormente (fundamentos 9.6 a 9.12. Asimismo, indicó en la inspección judicial que las afectaciones más graves al medio ambiente en el río Atrato se producen por *“la carga de contaminantes químicos que se utilizan para el procesamiento del oro, caso mercurio, cianuro, grasas y aceites y combustibles que producen altos grados de turbidez y material que se encuentra en suspensión”*²⁶².

Adicionalmente, en su intervención en la diligencia de inspección judicial en Quibdó (Chocó), la Defensoría del Pueblo concluyó ratificando y reiterando sus observaciones sobre las vulneraciones al derecho a la salud y al medio ambiente por degradación de los ecosistemas y por contaminación de las fuentes hídricas, lo que aseveró *“ya constituyen un daño ambiental sumamente preocupante”*²⁶³.

Por último, la Defensoría refirió en su informe de acompañamiento a la inspección que *“la actividad minera ilegal que se desarrolla en la cuenca del río Atrato y del San Juan en Chocó, está destruyendo de manera alarmante las selvas, los ríos, los ecosistemas, afectando la dinámica natural de la región y poniendo en riesgo el Chocó biogeográfico, una de las regiones más biodiversas del mundo. El uso de dragas, grandes y pequeñas, y retroexcavadoras dentro de los mismos cauces de los ríos, así como también en zonas periféricas de las cuencas ha afectado la dinámica hidráulica de los ríos Atrato, Andágueda y Quito y sus afluentes, ha destruido el cauce, generado la desaparición de la mayor parte de la fauna acuática y terrestre, ha alterado la dinámica natural y causado un caos ambiental en toda la región”*²⁶⁴.

La Procuraduría General, en igual sentido, señaló que la minería ilegal, que se realiza con dragas y sustancias químicas tóxicas está acelerando sin precedentes *“la tasa de destrucción del hábitat en una limitada extensión geográfica, lo que no ofrece un futuro promisorio para la fauna. Se requieren importantes inversiones para adelantar trabajos de conservación, declaratoria de nuevos parques y reservas protegidas. Finalmente, es importante emprender estudios biológicos básicos, que permitan mantener la flora y la fauna que están desapareciendo más rápido que la capacidad de conocerlas”*²⁶⁵.

Por último, el Instituto Humboldt realizó algunas estimaciones sobre lo que

²⁶² Cuaderno de pruebas Núm. 5, folios 1874-1877.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ Cuaderno de pruebas Núm. 5, folios 2002-2003.

considera podría ser el proceso a seguir para lograr la recuperación del río Atrato, sus especies y ecosistemas acuáticos. Concluyó que **“la recuperación de la cuenca del río Atrato y sus afluentes podría tomar décadas”**²⁶⁶. Asimismo, afirmó que los tiempos para la recuperación de un cuerpo de agua y de su bosque nativo *“dependen del nivel de afectación del mismo y por supuesto del alcance de lo que llamamos rehabilitación, bajo escenarios de minería hay que tener en cuenta que la degradación alcanza componentes estratégicos de los ecosistemas donde no solo la biota (organismos vivos), sino componentes como el agua y el suelo se ven afectados o perdidos por completo”*²⁶⁷.

A lo anterior, agregó que en algunos casos se ha identificado que muchos sistemas boscosos de las zonas tropicales **“inician procesos de recuperación después de 30 años, esto si se ha hecho una labor de restaurar las especies típicas de la zona y se ha trabajado sobre la remediación del suelo, que suele estar fuertemente afectado por metales pesados, si se espera una recuperación completa del sistema los tiempos incluso pueden triplicar”**. En el caso concreto de contaminación por sustancias tóxicas como el mercurio, concluyó que *“algunos autores estiman una permanencia mayor a los 70 años si no se hacen actividades de remediación de dicho metal. Sin embargo, los estudios sobre tiempos de recuperación para región afectada aun son escasos y debería considerarse la máxima precaución frente a cualquier actividad minera. Con este objeto deben seguirse estudios de investigación de ecología aplicada a la restauración de ecosistemas acuáticos en restauración de selvas húmedas tropicales e investigación en escenarios post minería, son vacíos de investigación científica que deben cubrirse con urgencia”*. (Subrayado y negrilla fuera texto original)

9.16. **Respecto de las afectaciones al derecho fundamental a la seguridad alimentaria**, la coordinadora de la Red de Mujeres Chocoanas²⁶⁸, señaló en la inspección judicial realizada por la Corte en Quibdó, que tradicionalmente toda la producción agrícola y el “pancoger” se distribuía a las poblaciones a través del río y que esta situación empezó a cambiar *“con la llegada del conflicto armado - en sus diferentes actores- a los territorios étnicos y con el comienzo de las disputas por el control territorial que se ha visto agravado con el desarrollo de la minería ilegal y la explotación forestal”*. Concluyó que estas actividades sumadas son el origen del desplazamiento y de la crisis alimentaria que vive la región.

Por su parte, el Vicario General de la Diócesis de Quibdó -quien también participó en la inspección judicial- afirmó que en 2006 FISCH, las Diócesis del Pacífico y otras 10 organizaciones étnicas **“adelantaron una investigación sobre la soberanía alimentaria de las comunidades étnicas de la región y encontraron que la minería y la explotación forestal ilegales están afectando gravemente las**

²⁶⁶ Cuaderno de pruebas Núm. 4, folios 1494 a 1498.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ Acta Final de Inspección Judicial, folio 2104 y ss.

*prácticas ancestrales y los modos de vida tradicionales*²⁶⁹. Por ejemplo, señaló que como consecuencia de la realización de estas actividades “*ha desaparecido el cultivo del chontaduro y la bananilla*” en los territorios de la cuenca del río Atrato.

Adicionalmente, la representante de las comunidades accionantes también refirió en la inspección judicial un estudio²⁷⁰ efectuado por el Instituto Humboldt, WWF Colombia, la Universidad Javeriana y la Asociación Colombiana de Ictiólogos (especialistas en peces), en el denominado *Chocó biogeográfico*, que comprende además del Chocó a Cauca y Nariño (zona litoral Pacífico), “*en donde se logró demostrar que 15 especies endémicas han desaparecido de las cuencas y que el río con mayor pérdida de especies es el río Atrato*”. A lo anterior agregó que de acuerdo al precitado estudio del IIAP, “*de esas 15 especies 6 habitan el río Quito y no se pueden consumir debido a los altos niveles de contaminación por mercurio, lo cual es muy grave pues estos peces constituyen una importante fuente alimentaria para las comunidades de la región*”. Concluyó que las consecuencias en términos de seguridad alimentaria y subsistencia son preocupantes porque “*ya no hay pesca ni comercio alrededor de esta actividad*”²⁷¹.

Por otra parte, durante el recorrido por el río Atrato y varios de sus afluentes entre ellos el río Quito, un líder del Consejo Comunitario de la “La Soledad” (Chocó), denunció que su comunidad (una de las primeras en avistarse al iniciar el viaje desde Quibdó) “*es una de las más afectadas por la minería ilegal, porque esta actividad -y la contaminación producida por ella- ha acabado la que tradicionalmente han desarrollado que es la pesca, produciendo graves problemas de seguridad alimentaria*”²⁷².

Posteriormente, otro líder del Consejo Comunitario de “Paimadó, Río Quito” (Chocó), agregó que las comunidades de “La Soledad”, “Guayabalito” y “Barranca” vivían tradicionalmente de la pesca, pero que la contaminación que llega de la actividad minera ilegal (sustancias químicas, desechos, aceites) y de los municipios (basura), ha hecho cesar estas actividades. A esto añadió que “*la zona que se recorre hace muchos años era zona de pesca y agricultura: recuerda que el río estaba lleno de canoas y de peces*”²⁷³. Por último, señaló que ante la falta de empleo y de actividades productivas los modos de vida de las comunidades están cambiando y la prostitución ha tomado mucha fuerza en la región como actividad de subsistencia.

A lo anterior, otro líder comunitario, agregó que “*especies tradicionales de peces como el ‘Dentón’ ya no suben al río por causa de la contaminación y que esto ha*

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ Maldonado Javier (Compilador), Instituto Humboldt y otros. “*Peces dulciacuáticos del Chocó Biogeográfico de Colombia*”, Bogotá, 2012.

²⁷¹ Acta Final de Inspección Judicial, folio 2104 y ss.

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ *Ibidem*.

*generado desplazamiento en las comunidades*²⁷⁴. Adujo que en consecuencia del desarrollo de actividades mineras ilegales hoy sólo se observan las trampas abandonadas.

Finalmente, la coordinadora de la Oficina de la ONU para asuntos étnicos, que acompañó la inspección judicial y el recorrido por el río Atrato y sus afluentes, reiteró lo señalado por varios líderes comunitarios respecto de la desaparición de los peces y del modelo tradicional de subsistencia de las comunidades por causa de la minería. Agregó que las condiciones de contaminación del río han contribuido a la baja tasa de reproducción de peces y, con el tiempo, a su desaparición.

9.17. ***Acerca de las afectaciones a los derechos a la cultura y al territorio***, uno de los líderes comunitarios de Paimadó (Chocó) afirmó, durante la visita a esa región, que *“es muy triste transitar hoy por el río Quito -que se está secando- desde Atrato a Paimadó o Manacruz porque la minería ilegal no solo ha cambiado el cauce del río sino que ha acabado con el ‘pancoger’ de la gente y con las formas tradicionales de subsistencia basadas en la agricultura y los cultivos de ñame, yuca y plátano. Los árboles ancestrales como el borjón, el chontaduro, el ‘árbol del pan’, el ‘pacó’ y el plátano ya no se dan y tampoco se pueden transportar debido a la forma en que la explotación minera ha destruido el río”*.

En sentido complementario, la Defensoría del Pueblo, indicó que la actividad minera ilegal en la cuenca del río Atrato y sus afluentes ha ocasionado la disminución de las labores de agricultura, como forma tradicional de subsistencia *“al punto que todos los alimentos que se consumen son llevados de centro poblados como Quibdó y Beté”*. Añadió que esta situación igualmente ha afectado la función social y ecológica del territorio colectivo, *“pues su uso para la práctica tradicional de la agricultura fue suspendida”*. Es así como los alimentos que ancestralmente se cultivaban para el consumo como el chontaduro, borjón, cacao, plátano, entre otros, básicos para su alimentación, ya no son cultivados en las zonas más impactadas por la minería ilegal, además porque estas actividades generan infertilidad en la tierra.

Asimismo, la Defensoría en su informe sobre la inspección judicial en comento, no ha dejado de señalar que los impactos alimentarios están íntimamente ligados a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas afectadas. A este respecto, afirmó que *“el impacto ambiental sobre los ríos que ha generado la minería ilegal ha transformado las prácticas culturales alrededor de las fuentes de agua. Un ejemplo de las afectaciones a la función social del territorio y por ende a la integridad cultural, se relaciona con que las comunidades no pueden realizar las actividades propias a la orilla del río. Teniendo en cuenta que el río funge como un espacio tradicional para la interlocución y la transmisión de los saberes propios a través de la tradición oral, ahora el uso de este espacio ha perdido su*

²⁷⁴ *Ibidem*.

sentido de lugar de reunión, impactando directamente la integridad cultural de estas comunidades”.

De igual forma, el Instituto Humboldt, desde una perspectiva biológica y antropológica, presentó una serie de reflexiones sobre la necesidad de valorar no solo los impactos ambientales que tiene la contaminación de las aguas y de la tierra sino cómo estas circunstancias terminan afectando, incluso las relaciones socioculturales, territoriales, culturales, económicas y los derechos políticos (en términos de autoridad y poder) de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato²⁷⁵.

Visto lo anterior, y de acuerdo a lo evidenciado por la Corte en la inspección judicial realizada en Chocó en el mes de enero de 2016²⁷⁶, se tiene que en el caso del desarrollo de actividades mineras ilegales, estas contribuyen a generar una grave vulneración de derechos fundamentales en las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato, sus afluentes y territorios aledaños.

En efecto, la Corte pudo constatar que a lo largo del recorrido por el río Quito (afluente del Atrato), que incluyó los sectores de *Quibdó, Soledad, Guayabalito, Loma de Barranca, San Isidro, Bocas de Paimadó, Lomas Pueblo Nuevo, río Pató, Villa Conto y Paimadó*, la actividad desplegada por las máquinas usadas en minería (dragas, dragones y retroexcavadoras) está afectando seriamente el medio ambiente y las comunidades vecinas²⁷⁷.

En particular, este Tribunal pudo advertir la desviación y el grave deterioro del cauce del río por bancos de arena, brazos y entradas artificiales. En las mismas se confirmó la presencia permanente de dragas y dragones. De igual forma, se evidenció la destrucción de la capa vegetal, destrucción de riberas, desviación de cauces, taponamiento de afluentes, remoción de tierra (arena y rocas), así como la construcción de islas artificiales con retroexcavadoras (bancos de arena) que luego de la explotación quedan abandonadas. Adicionalmente no se encontró

²⁷⁵ “Los impactos de la minería y la deforestación en las comunidades de la región no solo se relacionan con su derecho constitucional a un “ambiente sano” sino que son a la vez impactos en su economía, su cultura y sus derechos políticos. Comunidades negras, indígenas y campesinas que han desarrollado medios de vida y economías locales en estrecha relación con el funcionamiento de los ecosistemas están siendo sometidas a cambios económicos, demográficos y culturales sin precedentes.

Muchos de los cambios inducidos en la región por el auge indiscriminado de la minería y la forestería ilegal o a gran escala, transforman los medios de vida tradicionales y locales de las comunidades que allí habitan. Inflación de precios, nuevos oficios, adquisición de tierras, prostitución, cambios en patrones de consumo, etc. Son algunos de los cambios que no son adecuadamente valorados en estudios ambientales. Nuevos actores vinculados a la minería y a forestería ilegal significan también cambios profundos en la estructura de poder: la autoridad de los líderes de Resguardos y Territorios de Comunidades Negras se ve amenazada por actores poderosos que desconocen sus derechos, las normas nacionales que los protegen y las reglas e instrumentos de planificación y toma de decisiones que operan en los territorios étnicos. Debe tenerse en cuenta que a lo largo del cauce del río Atrato hay 98 resguardos indígenas y 46 títulos colectivos de comunidades negras.

Algunos de estos territorios colectivos no traslapan directamente con las zonas ribereñas del Atrato, pero no debe olvidarse que las comunidades de la región mantienen lazos de parentesco (real o simbólico) y activos intercambios entre ellas. La afectación de una zona acompañada de presencia de actores armados implica, por ejemplo, el desplazamiento de familias del interior del Atrato hacia la zona costera o las vertientes de la cordillera occidental. (Subrayado y negrilla fuera texto original)

²⁷⁶ Cuaderno de pruebas Núm. 5, folios 2091 y ss.

²⁷⁷ *Ibidem*.

evidencia del desarrollo de actividades de pesca o agricultura²⁷⁸, en medio de lo que parece, como lo llaman los locales, “el desierto minero”.

En síntesis, las declaraciones, los informes y los conceptos citados confirman que las actividades contaminantes producidas por la explotación minera ilegal pueden llegar a tener impactos directos sobre la salud de las personas y adicionalmente, otra clase de impactos indirectos sobre el bienestar humano, como la disminución de productos del bosque que afecta el balance alimentario y medicinal, y puede producir cambios en las prácticas tradicionales, usos y costumbres de las comunidades étnicas asociados a la biodiversidad.

9.18. **Respuestas de las entidades demandadas.** Respecto del caso concreto, la Corte ha podido constatar en la inspección judicial realizada en Chocó en el mes de enero de 2016²⁷⁹, que uno de los elementos más graves de la crisis descrita tiene como componente esencial una gran dificultad de las entidades estatales, desde el nivel local al nacional, para articular políticas, planes y programas dirigidos a enfrentar de forma efectiva el complejo desafío que implica la actividad minera ilegal que en la mayoría de los casos está en manos de grupos armados ilegales.

Así las cosas, la gran mayoría de respuestas que las diferentes entidades públicas hicieron llegar a la Corte en el trámite de este proceso tienen un denominador común y es el de evidenciar una notable falta de información, coordinación y articulación de funciones, jurisdicciones y competencias entre las mismas, algo que en otros casos la Corte ha denominado metafóricamente “*marasmo institucional*”²⁸⁰. Otro aspecto para examinar y que genera gran preocupación a la Sala, es que un número importante de respuestas institucionales insistieron en que la situación de la minería ilegal en la cuenca del río Atrato no es su competencia ni su responsabilidad.

Así por ejemplo, la Presidencia de la República²⁸¹ se limitó a decir que “*por definición legal no puede ser sujeto pasivo dentro de la acción de tutela, porque dentro de sus funciones no hay alguna relacionada con el tema objeto de la acción, lo que se traduce en una falta de legitimación en la causa material por pasiva*”. Asimismo, indicó “*que carece de información que le permita responder las preguntas decretadas por la Corte y solicita que se desvincule o se declare la improcedencia de la tutela contra la entidad*”.

Por su parte, el Ministerio del Interior (folios 72-79/522-527), el Ministerio de Ambiente (folios 1007-1012), el Ministerio de Minas y Energía (folios 289-348/2027-2037), la Agencia Nacional de Minería (folios 104-179), el Ministerio de Salud (folios 2008-2036), el Ministerio de Agricultura (folios 28-33 del Cuaderno principal), el Ministerio de Vivienda (folios 501-521), el Ministerio de

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ Acta Final de la Inspección Judicial realizada por la Corte Constitucional en Chocó, 2016. Cuaderno de pruebas Núm. 5, folios 2095 a 2131.

²⁸⁰ Corte Constitucional, sentencias T-974 de 2009 y T-801 de 2014.

²⁸¹ Cuaderno de pruebas Núm. 2, folios 528 a 531.

Educación (folios 349 a 359), el Ministerio de Defensa (folios 389-400/1014-1263), el Ministerio de Hacienda y la UIAF (folios 2498-2557), el Departamento Nacional de Planeación -DNP- (folios 80-103), el Departamento para la Prosperidad Social -DPS- (folios 1264-1265), la Gobernación de Antioquia (folios 360-388), la Agencia Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- (folios 1266-1278), el Instituto Nacional de Salud -INS- (folios 180-207), la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó -Codechocó- (folios 2095-2131), a la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Urabá -Corpourabá- (folios 224-230), en su gran mayoría presentaron listados de acciones independientes y eventuales que dan cuenta de la falta de articulación y coordinación de algunas entidades estatales para atender integralmente las múltiples necesidades que demanda atender la grave amenaza que representa para las comunidades étnicas demandantes la actividad minera ilegal²⁸².

En particular se advierte que el departamento del Chocó y los municipios demandados (que incluyen a 3 de Antioquia)²⁸³ no respondieron a ninguna de las peticiones de información hechas por la Corte, inquietud que expresan por igual la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría en su informe conjunto de seguimiento a la resolución Defensorial 064 de 2014, denominado “Directiva Conjunta 005” de 2015.

En concreto, respecto de la “Mesa Minera”, único espacio pensado para la articulación estatal en respuesta a la crisis minera ilegal que vive el departamento, tanto los accionantes como los especialistas y los organismos de control que participaron en la inspección judicial que la Corte realizó en Quibdó, manifestaron que no ha logrado cumplir con su objetivo. Así por ejemplo, el Centro de Estudios “Tierra Digna”, representante legal de las comunidades étnicas accionantes, indicó que *“la Mesa Minera, conformada por las autoridades regionales, cuyo propósito es atender la problemática que está causando la explotación minera, no ha funcionado ni ha proveído soluciones concretas a la grave crisis humanitaria y ambiental”*²⁸⁴.

A esto, agregó que *“(…) el Gobierno nacional ha realizado esfuerzos logísticos y financieros en los últimos 3 años por lograr un espacio de articulación interinstitucional, que han llamado “Mesa Minero-Ambiental”, con participación de las comunidades, entidades locales y del gremio minero. De igual forma, señala que el Ministerio de Salud ordenó un estudio epidemiológico para determinar el alcance de las afectaciones en salud en el Chocó, pero tras un año aún no se ha realizado. En resumen, expresa que las acciones planeadas y derivadas de la mesa minera no se están cumpliendo”*²⁸⁵.

Por su parte, el representante del Foro Interétnico Solidaridad Chocó -FISCH-,

²⁸² Todas estas respuestas se encuentran reseñadas en el anexo Núm. 1 a la presente providencia.

²⁸³ Acandí, Bojayá, Lloró, Medio Atrato, Riosucio, Quibdó, Río Quito, Unguía, Carmen del Darién, Bagadó, Carmen de Atrato y Yuto (Chocó), y Murindó, Vigía del Fuerte y Turbo (Antioquia).

²⁸⁴ Cuaderno de pruebas Núm. 5, folios 2095 a 2098.

²⁸⁵ *Ibidem*.

denunció en la misma diligencia *“una larga inactividad de la mesa minera en sus tres años de existencia.”* Y reiteró que *“las medidas a tomar deben garantizar la restauración de los modos tradicionales de vida, la salud, la protección del medio ambiente, la soberanía alimentaria y la recuperación del territorio, desde una perspectiva étnica que fortalezca y empodere a la autoridad étnica para hacer frente a todos estos desafíos”*²⁸⁶.

En igual sentido, el Vicario General de la Diócesis de Quibdó manifestó su preocupación por *“la renuncia de los líderes de las comunidades a seguir asistiendo a la mesa minera que ha generado amenazas contra sus miembros”*²⁸⁷.

En un sentido más amplio, el Procurador Judicial y Agrario de Quibdó, estimó que *“el Estado debe reorientar estructuralmente su política frente al Chocó y respecto de la minería. Agrega que el Estado ha dejado solo al departamento y a las instituciones encargadas en la lucha contra la minería ilegal que es desarrollada en su mayor parte por los grupos armados ilegales; afirma que son ellos quienes ‘controlan’ el negocio de la minería y ‘reemplazan al Estado en sus funciones”*²⁸⁸.

A lo anterior, agregó que *“los alcaldes no tienen las herramientas para controlar efectivamente la minería, que no hay presencia del Estado en la región y que a esto se suma un gran problema de necesidades básicas insatisfechas. Señala, además, que la mayoría de las concesiones mineras en Chocó se entregan sin estudios, sin información adecuada y sin el cumplimiento de los requisitos legales ni la realización de consulta previa a las comunidades”*²⁸⁹.

Finalmente, concluyó señalando que *“la autoridad minera se niega sistemáticamente a realizar procesos de consulta previa en la región a comunidades étnicas. En consecuencia, no hay un registro que aclare dónde se puede realizar minería y dónde no. Sugiere diseñar, desde el Estado y desde el nivel central, una política seria, estructural y de largo plazo en materia minera”*²⁹⁰.

Adicionalmente, la Defensoría del Pueblo reiteró lo afirmado por el Procurador Regional *“en el sentido de que es evidente la incapacidad institucional de las autoridades para controlar la minería ilegal y sus graves consecuencias sobre las poblaciones y el medio ambiente. Aclara que el problema no se reduce a la minería ilegal sino al modelo minero estatal que no controla y no tiene registro del desarrollo de la actividad y de si esta respeta la normatividad vigente en materia ambiental y minera”*²⁹¹.

²⁸⁶ Cuaderno de pruebas Núm. 5, folios 2099 a 2100.

²⁸⁷ Cuaderno de pruebas Núm. 5, folios 2101 a 2102.

²⁸⁸ Cuaderno de pruebas Núm. 5, folio 2102 y ss.

²⁸⁹ *Ibidem*.

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ Cuaderno de pruebas Núm. 5, folios 2102 a 2103.

Por último, Codechocó, la autoridad ambiental de la región reafirmó lo expresado tanto por la Procuraduría como por la Defensoría del Pueblo, afirmando que *“Codechocó no desconoce la grave problemática ambiental que se presenta en el departamento como consecuencia de las actividades de minería y explotación forestal. Afirma que comparte las apreciaciones de la Procuraduría y de la Defensoría en el sentido de que la magnitud de la situación es tan grande y tan grave que Codechocó -que depende del Ministerio de Ambiente- no puede hacer mucho para enfrentar esta problemática, debido a sus carencias institucionales caracterizadas por insuficiencia de recursos y capacidad logística. Señala que a pesar de lo anterior, solicitan permanentemente acompañamiento de la Fuerza Pública y de la Fiscalía en sus operativos”*²⁹².

De forma complementaria, tanto la Defensoría del Pueblo (folios 423-500 y 1871-1989), como la Procuraduría General (folios 286-288 y 1988-2007), la Contraloría General de la República (folios 255-285) y la Fiscalía General de la Nación (folios 2603-2697) han realizado numerosas advertencias sobre la grave situación que enfrentan tanto el departamento del Chocó, como las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato y la amenaza a sus derechos fundamentales como consecuencia del desarrollo intensivo de actividades mineras ilegales sin que hasta el momento las autoridades locales y nacionales hayan tomado medidas suficientes para atender o dar solución a la problemática denunciada.

9.19. Una vez reseñadas las principales afectaciones denunciadas por las comunidades accionantes y las respuestas de las entidades demandadas, a continuación, la Sala presenta un breve recuento fotográfico de la inspección judicial realizada en Quibdó (Chocó), en enero de 2016, que da cuenta de la grave situación en que se encuentra la cuenca del río Atrato, sus afluentes y territorios aledaños.

²⁹² Cuaderno de pruebas Núm. 5, folios 2103 y ss.



Folio 2110 del Cuaderno de pruebas Núm. 5. En la gráfica se puede apreciar un entable o campamento minero ilegal con presencia de dragas y retroexcavadoras. Enero 29 de 2016.



Folio 2114 del Cuaderno de pruebas Núm. 5. Draga o "dragón" -como los denominan las comunidades locales- realizando actividades de remoción de arena en el lecho del río Quito (afluente del Atrato). Enero 29 de 2016.



Folio 2116 del Cuaderno de pruebas Núm. 5. Actividades de dragado, procesamiento y extracción ilegal de oro en el río Quito. Enero 29 de 2016.



Folio 2118 del Cuaderno de pruebas Núm. 5. "Dragón" realizando actividades de remoción de arena en el lecho del río Quito (afluente del Atrato). Enero 29 de 2016.



Folio 2124 del Cuaderno de pruebas Núm. 5. Imagen de selva virgen, libre de explotación minera y forestal. Enero 29 de 2016.



Folio 2126 del Cuaderno de pruebas Núm. 5. Imagen de la transformación que producen las actividades mineras en la selva chocoana. Enero 29 de 2016.



Folio 2129 del Cuaderno de pruebas Núm. 5. Destrucción del cauce del río Quito (afluente del Atrato), Enero 29 de 2016.



Folio 2129 del Cuaderno de pruebas Núm. 5. Inundación de bosque nativo por acción de las dragas en el río Atrato. También se pueden apreciar montañas o "islas" de arena en el río que son consecuencia de la explotación minera ilegal. Enero 29 de 2016.



Folio 2130 del Cuaderno de pruebas Núm. 5. Panorama de los efectos que produce la explotación minera ilegal con maquinaria pesada y sustancias químicas tóxicas en el río Atrato. Enero 29 de 2016. Enero 29 de 2016.



Folio 2131 del Cuaderno de pruebas Núm. 5. Destrucción del cauce del río Atrato. Enero 29 de 2016.

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

a.- Respecto del vertimiento de mercurio y otras sustancias químicas tóxicas necesarias para la realización de actividades mineras ilegales en el río Atrato, sus afluentes y territorios aledaños.

9.20. **Vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y al medio ambiente sano de las comunidades étnicas accionantes.** La Corte debe comenzar por señalar que a partir de los diferentes informes, respuestas, conceptos e intervenciones allegados en el trámite de revisión²⁹³, **ha constatado que efectivamente la principal actividad económica del Chocó en la actualidad es la minería ilegal.** Y que esta explotación mecanizada, a pesar de los esfuerzos del Estado por combatirla, se realiza de forma intensiva e indiscriminada, con uso de dragas, dragones, retroexcavadoras y de sustancias químicas tóxicas como el mercurio y el cianuro para obtener la separación del mineral de oro de las impurezas²⁹⁴ generando con ello una notable contaminación ambiental que afecta, en su conjunto, los derechos a la *a la vida, a la dignidad humana, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio* de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato.

En este sentido, tanto la Sala como las comunidades accionantes, diversas entidades estatales, la Diócesis de Quibdó, Codechocó, Corpourabá, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, los expertos de las Universidades de Cartagena y Chocó, organismos internacionales como la ONU y organizaciones no gubernamentales como Dejusticia y WWF Colombia, entre otros, pudieron **confirmar *in situ* el uso intensivo de maquinaria pesada y sustancias tóxicas como el mercurio en el proceso de extracción del oro en el río Atrato en el recorrido que en la inspección judicial se hizo por el río y sus afluentes**²⁹⁵. La Defensoría del Pueblo (folios 1871-1989) y la Procuraduría General de la Nación (folios 1988-2007) así lo manifestaron en sus respectivos informes de acompañamiento a la inspección judicial, como ya ha sido reseñado.

9.21. Ahora bien, de acuerdo a lo evidenciado por la Corte en la inspección judicial realizada en Chocó en el mes de enero de 2016²⁹⁶, se tiene que en el caso del desarrollo de actividades mineras ilegales, estas contribuyen a generar una

²⁹³ El recuento completo de todos los elementos probatorios recaudados en el trámite de revisión constituye el Anexo Núm. 1 de la sentencia.

²⁹⁴ Cuaderno de pruebas Núm. 5, folios 2095 y ss.

²⁹⁵ Acta Final de Inspección Judicial realizada por la Corte Constitucional, Folios 2106-2119.

²⁹⁶ Cuaderno de pruebas Núm. 5, folios 2091 y ss.

grave vulneración de derechos fundamentales en las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato, sus afluentes y territorios aledaños.

En efecto, la Corte pudo constatar que a lo largo del recorrido por el río Quito (afluente del Atrato), que incluyó los sectores de *Quibdó, Soledad, Guayabalito, Loma de Barranca, San Isidro, Bocas de Paimadó, Lomas Pueblo Nuevo, río Pató, Villa Conto y Paimadó*, la actividad desplegada por las máquinas usadas en minería (dragas, dragones y retroexcavadoras) está afectando seriamente el medio ambiente y las comunidades vecinas²⁹⁷.

En particular, este Tribunal pudo advertir la desviación y el grave deterioro del cauce del río por bancos de arena, brazos y entradas artificiales. En las mismas se confirmó la presencia permanente de dragas y dragones. De igual forma, se evidenció la destrucción de la capa vegetal y de las riberas, desviación de cauces, taponamiento de afluentes, remoción de tierra (arena y rocas), así como la construcción de islas artificiales con retroexcavadoras (bancos de arena) que luego de la explotación quedan abandonadas. Adicionalmente no se encontró evidencia del desarrollo de actividades de pesca o agricultura²⁹⁸, en medio de lo que parece, como lo llaman los locales, “el desierto minero”.

En relación con lo anterior, lo que se ha observado en las imágenes reseñadas en el fundamento 9.19²⁹⁹ es el notorio contraste entre una región selvática virgen y las zonas dedicadas a la explotación minera ilegal, tanto en tierra, con gran afectación de los bosques, como en el río Atrato y sus afluentes, con gran afectación de las fuentes hídricas. El impacto de la minería ilegal en el río es tan fuerte, que hoy es prácticamente imposible determinar el cauce original que alguna vez tuvo el río, sus brazos y sus afluentes, junto a lo que se puede apreciar un crecimiento considerable de zonas deforestadas, dado que la minería ilegal se desarrolla tanto en los ríos -minería aluvial- como en tierra -minería de veta a cielo abierto-, explotaciones que sumadas producen graves procesos de deforestación³⁰⁰.

9.22. Asimismo, la destrucción del medio ambiente y la amenaza a la biodiversidad en la región objeto de los hechos de la presente acción fue corroborado no solo por la Sala sino también por todas las entidades acompañantes³⁰¹, como se refirió en el fundamentos 9.14 a 9.17. Para la Corte no hay duda que la minería ilegal está afectando intensamente los derechos fundamentales a la *vida, a la salud y al medio ambiente sano* de las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato y sus afluentes, y que esta vulneración tiene impactos directos e indirectos sobre las comunidades étnicas

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ Que representan tan sólo una pequeña muestra de todo el material fotográfico que reposa en el acta final de la inspección judicial, folios 2095-2131 del cuaderno de pruebas Núm. 5. Ver también anexo Núm. 1 a la presente sentencia.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ Al respecto, ver el Acta Final de Inspección Judicial realizada por la Corte Constitucional. Folios 2095-2131 del cuaderno de pruebas Núm. 5. Adicionalmente, ver Informe de acompañamiento a la inspección judicial por parte de la Defensoría del Pueblo, folio 2476 y ss.

chocoanas, tal y como ha sido documentado en numerosos informes de la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, entre otros, los cuales ya fueron citados en la presente sentencia.

9.23. Una importante razón para afirmar lo anterior es que las actividades de minería ilegal, aparte de utilizar maquinaria pesada -que transforma y destruye por completo todo a su paso-, **también emplean indiscriminadamente sustancias químicas altamente tóxicas como el mercurio** que, como se ha visto en los informes ampliamente reseñados a lo largo de esta providencia (capítulo 7 fundamentos 7.26 a 7.31; y fundamento 9.14), tienen la potencialidad de afectar la vida y la salud de las poblaciones humanas, así como el medio ambiente y su biodiversidad.

A este respecto, la Sala debe reiterar que, como se analizó en el capítulo 5 fundamentos 5.1 a 5.58, la protección de los ríos, los bosques, las fuentes de alimento y la biodiversidad (medio ambiente sano) tiene una relación directa e interdependiente con la garantía de los derechos a la vida y la salud, (así como la cultura y el territorio), dentro de lo que se ha denominado derechos bioculturales. Precisamente, los elementos centrales de este enfoque establecen una vinculación intrínseca entre naturaleza y cultura, y la diversidad de la especie humana como parte de la naturaleza y manifestación de múltiples formas de vida. Desde esta perspectiva, **la conservación de la biodiversidad conlleva necesariamente a la preservación y protección de los modos de vida y culturas que interactúan con ella.**

En consecuencia, las políticas públicas sobre la conservación de la biodiversidad deben adecuarse y centrarse en la preservación de la vida, de sus diversas manifestaciones, pero principalmente en la preservación de las condiciones para que esa *biodiversidad* continúe desplegando su potencial evolutivo de manera estable e indefinida, tal y como lo ha señalado la Corte en abundante jurisprudencia³⁰². De igual forma, las obligaciones del Estado sobre protección y conservación de los modos de vida de los pueblos indígenas, las comunidades negras y campesinas implican garantizar las condiciones para que estas formas de ser, percibir y aprehender el mundo puedan pervivir.

9.24. En abierto contraste a lo anterior, las entidades públicas indagadas sobre las acciones tomadas para enfrentar esta compleja situación que amenaza los derechos a la vida, a la salud y al medio ambiente sano de las comunidades étnicas demandantes, como son el Ministerio de Salud, el Instituto Nacional de Salud, el Ministerio de Ambiente y Codechocó señalaron que están en proceso de diseñar planes y estudios que permitan elaborar proyectos de investigación y

³⁰² Corte Constitucional, sentencias T-411 de 1992, T-415 de 1992, T-536 de 1992, T-092 de 1993, C-519 de 1994, C-200 de 1999, C-431 de 2000, C-671 de 2001, C-339 de 2002, T-760 de 2007, C-595 de 2010, T-080 de 2015 y C-449 de 2015, entre otras.

acción conjunta para dar así respuesta a la crisis³⁰³. Sin embargo, aunque la Corte valora como positivas dichas intenciones, hasta el momento no tiene noticia de que se haya llevado a cabo ninguna investigación de toxicología ni epidemiología en la región con estos fines.

9.25. En consideración a lo hasta aquí expuesto, para la Corte es menester concluir que la actividad minera ilegal, al tener la potencialidad de generar menoscabo a la salud y al medio ambiente, como se ha visto en el caso de las comunidades étnicas que habitan la cuenca de río Atrato, está sujeta a la aplicación del principio de precaución. Este se aplica cuando -aunque haya un principio de certeza técnica- existe incertidumbre científica respecto de los efectos nocivos de una medida o actividad. En ese caso, debe preferirse la solución que evite el daño y no aquella que pueda permitirlo. Este principio no solo está concebido para proteger el derecho al medio ambiente sino también el derecho a la salud cuando exista la amenaza de vulneración. De esta forma, como se vio en el capítulo 7 (fundamentos 7.33 a 7.41) de la presente providencia, cuando por causa del desarrollo de actividades mineras ilegales, en caso de que exista duda razonable respecto de si estas afectan el entorno natural o la salud de las personas, como se ha evidenciado en el asunto *sub examine*, deben tomarse las medidas que anticipen y eviten cualquier daño, y en caso de que esté causado, las medidas de compensación correspondientes.

En este orden de ideas, ante la evidencia de los potenciales efectos nocivos que puede tener el uso de mercurio y otras sustancias tóxicas en la actividad minera ilegal que se desarrolla en la cuenca del río Atrato, que pueden poner en peligro no solo a las comunidades sino al medio ambiente en su conjunto, así no exista certeza científica, la Sala considera que en este caso se reúnen los requisitos para dar aplicación al **principio de precaución en materia ambiental y para proteger el derecho a la salud de las personas**³⁰⁴. Como se señaló en el acápite respectivo, el principio de precaución implica en términos muy sencillos, que en caso de duda científica no se abstenga y por el contrario, se proteja el derecho al medio ambiente sano y a la salud en conexidad con la vida.

En concreto, la aplicación del principio de precaución en el presente caso tendrá como objetivos, (i) prohibir que en adelante se usen sustancias tóxicas como el mercurio en actividades de explotación minera, ya sean legales e ilegales; y (ii) declarará que el río Atrato es sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y en el caso concreto, restauración, como se verá con más adelante en el fundamento 9.32.

9.26. A manera de conclusión y respecto a este punto en concreto, la Corte encuentra que las entidades demandadas han vulnerado los derechos a la vida, a la salud y al medio ambiente sano de las comunidades accionantes al permitir el

³⁰³ Ver el Acta Final de Inspección Judicial, folio 2102 y ss. (Codechocó). Además, Cuaderno de pruebas Núm. 1, folios 180-207 (INS); Cuaderno de pruebas Núm. 2, folios 1007-1012 (Ministerio de Ambiente) y Cuaderno de pruebas Núm. 5, folios 2008-2036 (Ministerio de Salud).

³⁰⁴ La Corte Constitucional ha empleado el principio de precaución en múltiples sentencias, entre ellas: C-595 de 2010, T-1077 de 2012, T-672 de 2014, T-080 de 2015 y C-449 de 2015.

vertimiento indiscriminado de mercurio y otras sustancias químicas tóxicas necesarias para la realización de actividades mineras ilegales en el río Atrato, sus afluentes y territorios aledaños, al no tomar medidas concretas y articuladas para evitarlo teniendo pleno conocimiento de la situación, esto es, por omisión en el cumplimiento de sus deberes legales y constitucionales. En consecuencia, se ordenará a las entidades responsables la adopción de una serie de medidas de urgencia que permitan hacer frente a esta grave vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y al medio ambiente sano, que se indicarán en el acápite relativo a las órdenes.

b.- Acerca de la contaminación del río Atrato, sus afluentes, los bosques y las fuentes de alimento producida por el desarrollo de actividades de explotación minera ilegal en la región.

9.27. Vulneración del derecho al agua como fuente hídrica. En este punto, para la Corte es claro que según lo evidenciado en las pruebas obrantes en el expediente y en la inspección judicial -que se reseñaron en los fundamentos 9.14 a 9.17-, la minería ilegal que se realiza en la cuenca del río Atrato y sus afluentes desafía cualquier idea de uso racional de los recursos hídricos y forestales, y constituye una abierta vulneración del derecho fundamental al agua (al tener como consecuencia su grave contaminación) que amenaza no solo a las comunidades étnicas, al departamento del Chocó o al medio ambiente, sino a una de las fuentes hídricas y de biodiversidad más importantes del mundo y con ello a las presentes y futuras generaciones³⁰⁵.

En este sentido, para la Sala resulta pertinente reiterar que como ya se vio en los fundamentos 5.41 a 5.50 de la presente providencia, de acuerdo con diversos Tratados Internacionales³⁰⁶, la Carta Política (Constitución Ecológica), la jurisprudencia Interamericana³⁰⁷ y la de esta Corporación³⁰⁸, el acceso al agua salubre, la preservación de las fuentes naturales y los recursos hídricos constituye una de las garantías esenciales para asegurar el nivel de vida adecuado, en cuanto condición indispensable para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de enfermedades relacionadas con el agua (contaminada) y para satisfacer las necesidades de consumo, cocina, higiene personal e higiene doméstica. Dichas garantías también implican preservar al mismo tiempo las funciones hidrológicas, biológicas y químicas de los ecosistemas, adaptando las actividades humanas a los límites de la capacidad de la naturaleza y combatiendo los vectores de las enfermedades relacionadas con el agua.

Adicionalmente, no puede dejar de observarse que el derecho al agua es un

³⁰⁵ Ver Acta Final de Inspección Judicial, folio 2095 y ss.

³⁰⁶ Entre otros: Observación General Núm. 15 (ECOSOC), Declaración de Mar del Plata (1977), Declaración de Dublín (1992), Declaración de Río de Janeiro (1992), Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo (1994), y la Nueva Agenda para el Desarrollo Sostenible (2015).

³⁰⁷ Por ejemplo, en los casos Comunidad Yakye Axa contra Paraguay de 2005, Comunidad Sawhoyamaya contra Paraguay de 2006 y Comunidad Xákmok Kásek contra Paraguay de 2010.

³⁰⁸ Corte Constitucional, sentencias T-570 de 1992, T-740 de 2011 y C-035 de 2016, entre otras.

requisito *sine qua non* para el ejercicio de otros derechos, en tanto “*el agua es necesaria para producir alimentos (derecho a la alimentación); para asegurar la higiene ambiental (derecho a la salud); para procurarse la vida (derecho al trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (derecho a participar en la vida cultural)*”. Por tanto, la contaminación -en especial con mercurio y cianuro³⁰⁹- y la realización de actividades de minería ilegal en la cuenca del río Atrato y sus afluentes no solo vulnera el derecho al agua y otros componentes del derecho al medio ambiente sano (como ya se ha visto) sino que además vulnera los estándares esenciales de disponibilidad, accesibilidad y calidad del agua establecidos en la Observación General Núm. 15 por cuanto dicha clase de minería perjudica la producción de alimentos (árboles, cultivos y peces), las condiciones sanitarias, las formas tradicionales de vida y las prácticas culturales de las comunidades étnicas accionantes.

Precisamente, el desafío más grande que tiene el constitucionalismo contemporáneo en materia ambiental, consiste en lograr la salvaguarda y protección efectiva de la naturaleza, las culturas y formas de vida asociadas a ella y la biodiversidad, no por la simple utilidad material, genética o productiva que estos puedan representar para el ser humano, sino porque al tratarse de una entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales, son sujetos de derechos individualizables, lo que los convierte en un nuevo imperativo de protección integral y respeto por parte de los Estados y las sociedades. En síntesis, solo a partir de una actitud de profundo respeto y humildad con la naturaleza, sus integrantes y su cultura, es posible entrar a relacionarse con ellos en términos justos y equitativos, dejando de lado todo concepto que se limite a lo simplemente utilitario, económico o eficientista³¹⁰.

En efecto, la naturaleza y el medio ambiente son un elemento transversal al ordenamiento constitucional colombiano. Su importancia recae por supuesto en atención a los seres humanos que la habitan y la necesidad de contar con un ambiente sano para llevar una vida digna y en condiciones de bienestar, pero también en relación a los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, ***entendidas como existencias merecedoras de protección en sí mismas***. Se trata de ser conscientes de la interdependencia que nos conecta a todos los seres vivos de la tierra; esto es, reconocernos como partes integrantes del ecosistema global -biósfera-, antes que a partir de categorías normativas de dominación, simple explotación o utilidad. Postura que cobra especial relevancia en el constitucionalismo colombiano, teniendo en cuenta el principio de pluralismo cultural y étnico que lo soporta, al igual que los saberes, usos y costumbres ancestrales legados por los pueblos indígenas y tribales³¹¹.

³⁰⁹ A este respecto, por ejemplo, la Resolución Núm. 2115 de 2007 expedida por el Ministerio de Ambiente, clasifica al mercurio y al cianuro como sustancias cuyas características químicas “*tienen reconocido efecto adverso en la salud humana*”. Adicionalmente, importante legislación nacional prohíbe el uso del mercurio (y otras sustancias químicas tóxicas) como la Ley 1658 de 2013 y la Ley 1801 de 2016 (Código de Policía), artículo 108.

³¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-449 de 2015.

³¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-080 de 2015.

Precisamente, en relación con la riqueza natural y cultural de la nación, el artículo 8° de la Carta Política establece como obligación fundamental del Estado y de la sociedad velar por el cuidado de nuestras riquezas naturales y culturales. Adicionalmente, en el capítulo de derechos colectivos (artículos 79 y 80) y obligaciones específicas (artículo 95-8), se establecen los parámetros generales que orientan la relación entre el ser humano y su entorno vital: **natural, ambiental y biodiverso**. En este sentido, como consecuencia de las atribuciones consagradas en cabeza del Estado, de la sociedad y de los particulares en los artículos arriba reseñados, se establece la obligación de proteger el medio ambiente con el fin de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, procurando su **conservación, restauración y desarrollo sostenible**. En palabras más simples: *la defensa del medio ambiente no sólo constituye un objetivo primordial dentro de la estructura de nuestro ESD sino que integra, de forma esencial, el espíritu que informa a toda la Constitución Política*³¹².

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

9.29. En este orden de ideas, el asunto que se estudia en esta providencia por la Corte -sobre los graves efectos que produce el desarrollo intensivo de actividades de explotación minera ilegal con afectación de múltiples derechos fundamentales en cuenca del río Atrato (Chocó)-, ha evidenciado claramente que son las poblaciones humanas las que son interdependientes del mundo natural -y no al contrario- y que deben asumir las consecuencias de sus acciones y omisiones con la naturaleza. Se trata de entender esta nueva realidad sociopolítica con el objetivo de lograr una transformación respetuosa con el mundo natural y su entorno, así como ha ocurrido antes con los derechos civiles y políticos (primera generación); los económicos, sociales y culturales (segunda generación), y los ambientales (tercera generación). Ahora es el momento de comenzar a tomar las primeras medidas para proteger de forma eficaz al planeta y a sus recursos antes de que sea demasiado tarde o el daño sea irreversible, no solo para las futuras generaciones sino para la especie humana.

9.30. De esta manera, el respeto por la naturaleza debe partir de la reflexión sobre el sentido de la existencia, el proceso evolutivo, el universo y el cosmos. Esto es, de un sistema de pensamiento fundamentado en una concepción del ser humano como parte integral y no como simple dominador de la naturaleza

³¹² Corte Constitucional, sentencias T-411 de 1992 y T-046 de 1999.

permitiría un proceso de autorregulación de la especie humana y de su impacto sobre el ambiente, al reconocer su papel dentro del círculo de la vida y de la evolución desde una perspectiva *ecocéntrica*. Es a partir de esta consideración, por ejemplo, que se ha cimentado el respeto a algunos derechos de los animales. Así las cosas, se trata entonces de establecer un instrumento jurídico que ofrezca a la naturaleza y a sus relaciones con el ser humano una mayor justicia desde el reconocimiento colectivo de nuestra especie como lo sugieren los derechos bioculturales.

En este mismo sentido, la diversidad biocultural como enfoque, basada, como se ha visto, en una *perspectiva ecocéntrica*, implica que las políticas, normas e interpretaciones sobre conservación de la biodiversidad **reconozcan el vínculo e interrelación que existe entre cultura y naturaleza**, extiendan la participación de las comunidades étnicas en la definición de políticas públicas y marcos de regulación, y garanticen las condiciones conducentes a la generación, conservación y renovación de sus sistemas de conocimiento, en el marco de un ESD.

La importancia de la diversidad biológica y cultural de la nación para las próximas generaciones y la supervivencia de nuestra riqueza natural y cultural plantea al Estado colombiano la necesidad de **adoptar políticas públicas integrales sobre conservación, preservación y compensación que tomen en cuenta la interdependencia entre la diversidad biológica y cultural**. Así las cosas, la diversidad biocultural representa el enfoque más integral y comprensivo de la diversidad étnica y cultural de cara a su protección efectiva.

9.31. En otras palabras, la justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos. Bajo esta comprensión es que la Sala considera necesario dar un paso adelante en la jurisprudencia hacia la protección constitucional de una de nuestras fuentes de biodiversidad más importantes: el río Atrato. Esta interpretación encuentra plena justificación en el **interés superior del medio ambiente** que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional y que está conformado por numerosas cláusulas constitucionales que constituyen lo que se ha denominado la “Constitución Ecológica” o “Constitución Verde”. Este conjunto de disposiciones permiten afirmar la trascendencia que tiene el medio ambiente sano y el vínculo de interdependencia con los seres humanos y el Estado³¹³.

De lo expuesto anteriormente se derivan una serie de obligaciones de protección y garantía del medio ambiente a cargo del Estado quien es el primer responsable por su amparo, mantenimiento y conservación, que debe materializar a través de políticas públicas ambientales responsables (gobernanza sostenible), la

³¹³ Así lo sostuvo la Corte en la sentencia C-126 de 1998: “La Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa de la sociedad colombiana con la naturaleza. Por ello esta Corporación ha señalado [...] que la protección del medio ambiente ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que la Carta contiene una verdadera “Constitución ecológica”, conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente”.

expedición de documentos CONPES, de legislación en la materia y de Planes Nacionales de Desarrollo, entre otros; por supuesto, sin perjuicio del deber de protección y cuidado que también le asiste a la sociedad civil y a las propias comunidades de cuidar los recursos naturales y la biodiversidad. En este sentido la Sala considera pertinente hacer un llamado de atención a las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato para que protejan, dentro del ejercicio de sus costumbres, usos y tradiciones, el medio ambiente del cual son sus primeros guardianes y responsables.

Ahora bien, las acciones tomadas por las entidades estatales competentes, tanto del nivel local como del nivel nacional, en su mayoría han sido asistencialistas y aisladas, sin mayor coordinación respecto de garantizar el cuidado, mantenimiento o recuperación de la cuenca del río Atrato y sus afluentes, como se pudo evidenciar en la falta de respuesta a estas inquietudes por parte de la Gobernación de Chocó, o en el reconocimiento de falta de personal y capacidad administrativa de Codechocó; tal y como fue corroborado por la Procuraduría regional de Chocó, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General en la inspección judicial realizada en la zona de ocurrencia de los hechos en donde la Corte pudo constatar, como ya ha sido referido en los fundamentos 9.14 a 9.17, que todas estas afirmaciones son ciertas y que la cuenca del río Atrato está bajo grave amenaza por la realización de actividades mineras ilegales.

Con todo, de acuerdo a lo visto hasta este momento, en particular en el capítulo 5, fundamentos 5.3 y 5.19 a 5.37, la regulación nacional sobre biodiversidad y el uso de recursos genéticos es inapropiada y registra importantes vacíos que afectan la protección eficaz de derechos fundamentales de las comunidades étnicas. Dichas deficiencias tienen su origen en un problema de entendimiento de la biodiversidad por parte del Gobierno y de las entidades encargadas de la planeación y el desarrollo del Estado colombiano. La visión que ha predominado es la económica, en donde la biodiversidad, el material genético y el conocimiento tradicional asociado son vistos como susceptibles de apropiación, utilización industrial y fuente de ganancias económicas. De esta manera, las políticas y la legislación han enfatizado el acceso para el uso y la explotación económica en detrimento de la protección de los derechos del medio ambiente y de las comunidades.

En este sentido, y en respuesta a tal aproximación frente al manejo de la diversidad biológica y cultural por parte del Estado, es que resulta necesario **adoptar enfoques integrales sobre conservación que tomen en cuenta las profunda relación entre la diversidad biológica y la cultural.**

9.32. En esa medida, dimensionando el ámbito de protección de los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia de protección del medio ambiente, la *Constitución Ecológica* y los derechos bioculturales³¹⁴

³¹⁴ Estos por definición, son los derechos que tienen las comunidades étnicas a *administrar y a ejercer tutela* de manera autónoma sobre sus territorios -de acuerdo con sus propias leyes, costumbres- y los recursos naturales

(fundamentos 5.11 a 5.18), que predicen la protección conjunta e interdependiente del ser humano con la naturaleza y sus recursos, es que **la Corte declarará que el río Atrato es sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y en el caso concreto, restauración.** Para el efectivo cumplimiento de esta declaratoria, la Corte dispondrá que el Estado colombiano ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca -en adelante- estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Estado colombiano³¹⁵. Adicionalmente y con el propósito de asegurar la protección, recuperación y debida conservación del río, ambas partes deberán diseñar y conformar una **comisión de guardianes del río Atrato** cuya integración y miembros se desarrollará en el acápite de órdenes a proferir en la presente sentencia.

Como complemento de lo anterior, resulta preciso recordar que **la premisa central sobre la cual se cimienta la concepción de la bioculturalidad y los derechos bioculturales es la relación de profunda unidad entre naturaleza y especie humana.** Esta relación se expresa en otros elementos complementarios como: (i) los *múltiples modos de vida* expresados como diversidad cultural están inextricablemente vinculados con la diversidad de ecosistemas y territorios; (ii) la riqueza expresada en la *diversidad de culturas, prácticas, creencias y lenguajes* es el producto de la interrelación coevolutiva de las comunidades humanas con sus ambientes y constituye una respuesta adaptativa a cambios ambientales; (iii) las relaciones de las diferentes culturas ancestrales con plantas, animales, microorganismos y el ambiente contribuyen activamente a la biodiversidad; (iv) *los significados espirituales y culturales* de los pueblos indígenas y de las comunidades locales sobre la naturaleza forman parte integral de la diversidad biocultural; y (v) la conservación de la diversidad cultural conduce a la conservación de la diversidad biológica, por lo que el diseño de política, legislación y jurisprudencia debe enfocarse por la conservación de la bioculturalidad³¹⁶. Estos elementos, en adelante deberán tenerse en cuenta como parámetros para la protección de los derechos del medio ambiente y de la naturaleza, desde una perspectiva biocultural.

9.33. Vulneración del derecho a la seguridad alimentaria. En sentido complementario, la Sala considera que las actividades de minería ilegal en tanto

que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su *forma de vida* con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad.

³¹⁵ El más reciente caso de protección de los derechos de la naturaleza se dio en Nueva Zelanda a partir de 2012. Se trata de un acuerdo con fuerza de ley suscrito entre el gobierno de Nueva Zelanda y la comunidad de aborígenes maoríes del río Whanganui, protectora del río -el tercero más importante del país- por cientos de años. En el acuerdo, que actualmente es ley -Te Urewera Act 2014-, el gobierno de Nueva Zelanda le reconoce al río, el mismo status legal de una persona o de una corporación, es decir, le concede el derecho a la existencia, a ser mantenido y a prosperar, junto con la obligación de ser respetado. Bajo este diseño, como persona jurídica o entidad sujeto de derechos el río tiene dos guardianes legales: el gobierno neozelandés y la comunidad del río Whanganui, que conforman conjuntamente una comisión de administración y protección.

³¹⁶ Posey, D. A., Dutfield, G., Plenderleith, K., da Costa e Silva, E., & Argumedo, A. Traditional resource rights: International instruments for protection and compensation for Indigenous peoples and local communities. Gland: International Union for the Conservation of Nature. 1996.

contaminan y amenazan gravemente las fuentes hídricas y los bosques, vulneran directamente la **disponibilidad, acceso y sostenibilidad** de los alimentos y las formas tradicionales de producción de alimentos de las comunidades étnicas de la cuenca del río Atrato (fundamentos 9.14 a 9.17), lo que implica una afectación de todos los componentes del derecho a la alimentación y las distintas etapas del proceso alimentario. En este punto es necesario recordar que las actividades mineras ilegales han desplazado por completo las formas tradicionales de producción de alimentos de las comunidades étnicas -que hoy solo representan una actividad aislada- y en su lugar, han impuesto un modelo de vida y de desarrollo que no es compatible con las prácticas ancestrales y que está afectando gravemente el tejido social y las costumbres de las mismas.

Indagados sobre esta situación, y respecto de la garantía de condiciones básicas de seguridad alimentaria los Ministerios de Ambiente, Agricultura y el DPS señalaron que han implementado algunos programas agrícolas pero ninguno en conjunto, cuando podrían hacerlo en torno a la Política Alimentaria y Nutricional, y al Plan Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional³¹⁷.

9.34. Así las cosas, la Corte encuentra que las entidades demandadas son responsables por la vulneración de los derechos fundamentales al agua y a la seguridad alimentaria de las comunidades étnicas accionantes y por la contaminación del río Atrato y sus afluentes producida por el desarrollo de actividades de explotación minera ilegal en la región, por su conducta omisiva al no proveer una respuesta institucional idónea y efectiva para atender y dar solución a la problemática denunciada. En consecuencia, se ordenarán una serie de medidas que permitan hacer frente a esta grave vulneración de los derechos fundamentales al agua y la seguridad y soberanía alimentaria, que se indicarán en el acápite relativo a las órdenes.

c.- Acerca de la vulneración de los derechos fundamentales al territorio y a la cultura de las comunidades étnicas accionantes.

9.35. La Sala debe señalar que ha constatado que en la región objeto de la presente tutela, la cuenca del río Atrato y sus afluentes, se ha abierto paso de forma alarmante el auge de la minería ilegal de oro y otros metales preciosos - como financiador del conflicto armado-, lo que está generando preocupantes conflictos socio-ambientales que se materializan en una lucha indiscriminada por el control de los territorios y de los recursos naturales, y tiene como consecuencia el desplazamiento forzado, la degradación de los ecosistemas, la disminución de los bosques, extinción de especies endémicas y contaminación de los ríos, entre otros factores que ponen en alto riesgo el patrimonio natural y cultural del país³¹⁸.

Esta situación tiene múltiples efectos nocivos puesto que, por ejemplo, atenta

³¹⁷ Ver Cuaderno de pruebas Núm. 1, folios 80-103 (DPS); Cuaderno de pruebas Núm. 2, folios 501-521 (Ministerio de Vivienda); y Cuaderno principal, folios 28-37 (Ministerio de Agricultura).

³¹⁸ Ver Acta Final de Inspección Judicial, folio 2095 y ss.

contra la seguridad alimentaria de las comunidades étnicas -como se acaba de reseñar en el acápite anterior- y vulnera los derechos fundamentales al medio ambiente sano, a la vida, a la dignidad humana, a la salud, al agua, al territorio y a la cultura, entre otros, como han denunciado los accionantes del caso *sub examine*. De igual forma, la realización de actividades mineras ilegales tienen un fuerte impacto en las comunidades étnicas en la medida en que generan desplazamiento, incremento de la deserción escolar, altos índices de prostitución y en general atenta contra las **formas tradicionales de vida de las comunidades** al no respetar ni permitir el desarrollo de actividades ancestrales de subsistencia como la agricultura (siembra de plátano y pancoger) y la minería artesanal (barequeo), y por el contrario impone un único modo de sustento: la minería mecanizada³¹⁹.

En este sentido es preciso señalar que como se afirmó en el fundamento 6.3, la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha reconocido que los pueblos indígenas, tribales y afrocolombianos tienen un concepto del territorio y de la naturaleza que resulta ajeno a los cánones jurídicos de la cultura occidental³²⁰. Para estas comunidades, como se ha visto, el territorio -y sus recursos- está íntimamente ligado a su existencia y supervivencia desde el punto de vista religioso, político, social, económico e incluso hasta lúdico; por lo que no constituye un objeto de dominio sino un elemento esencial de los ecosistemas y de la biodiversidad con los que interactúan cotidianamente (v.gr. ríos y bosques). Es por ello que para las comunidades étnicas el territorio no recae sobre un solo individuo -como se entiende bajo la concepción clásica del derecho privado- sino sobre todo el grupo humano que lo habita, de modo que adquiere un carácter eminentemente colectivo.

9.36. Otra de las consecuencias del desarrollo intensivo de actividades mineras ilegales, es el asentamiento de un único modelo económico -que excluye a los demás- para el departamento del Chocó dirigido por grupos armados al margen de la ley, extranjeros y narcotraficantes como ha sido señalado por los informes que la Defensoría del Pueblo y que la Procuraduría General de la Nación han aportado al expediente de la referencia. Este “modelo de desarrollo de la minería ilegal” traído -principalmente- por extranjeros y actores armados se ha agravado en los últimos 20 años y atenta directamente contra las comunidades étnicas, ya que se ejecuta en sus territorios colectivos y está erosionando sus costumbres, usos y tradiciones ancestrales lo que implica una afectación a su derecho a la supervivencia física, cultural y espiritual. El impacto de la minería ilegal es tan fuerte que, como han señalado los accionantes, ha llegado a separar familias, a incrementar la violencia y a estimular la pérdida de las creencias y tradiciones ancestrales de las comunidades negras que habitan la cuenca del río Atrato en Chocó³²¹.

³¹⁹ *Ibidem*, folios 2096-2131.

³²⁰ Corte Constitucional, sentencias T-652 de 1998, SU-383 de 2003, T-955 de 2003, T-547 de 2010, C-595 de 2010, T-693 de 2011, T-384A de 2014 y C-449 de 2015, entre otras.

³²¹ *Ibidem*, folios 2100-2106.

Lo anterior supone un inminente riesgo no solo para la existencia física, la perpetuación y reproducción de las tradiciones y la cultura ancestral, sino del hábitat y los recursos naturales del lugar en donde se construye, afianza y desarrolla la identidad de las comunidades accionantes como grupos étnicos³²². En este punto, la Sala considera necesario advertir que esta amenaza no solo proviene de la llamada minería ilegal, sino también de la minería con título o legal, que cuando no se realiza cumpliendo con los requisitos legales exigidos o con adecuado control del Estado, produce afectaciones al territorio, al medio ambiente y a las comunidades étnicas que habitan las zonas en donde se desarrolla la explotación minera.

9.37. Respecto de lo anterior, aunque no es parte del objeto de la tutela estudiada, para la Sala es importante reiterar que respecto de la actividad minera legal que las comunidades étnicas han comentado se realiza en la región objeto de estudio, el derecho a la consulta previa es un derecho fundamental que no puede ser desconocido. En efecto, desde sus primeras sentencias la Corte le ha dado el tratamiento de derecho fundamental a la consulta previa, del cual son titulares todos los grupos étnicos del país. En la jurisprudencia relacionada, la Corte, salvo por razones de inmediatez o ante la circunstancia de encontrar elementos de juicio que permitan dilucidar que la consulta previa sí se efectuó, ha ordenado mayoritariamente ante la gravedad de los problemas estudiados la suspensión de los proyectos u obras que tienen la potencialidad de afectar o que han afectado territorios de comunidades étnicas hasta que no se garantice el derecho a la consulta previa. Del mismo modo, recientemente se ha ordenado la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Además, se han adoptado otras medidas como la indemnización, reparación o compensación de las comunidades afectadas cuando el daño ha sido ocasionado o cuando se advierte la potencialidad del mismo.

³²² A propósito de las graves afectaciones que produce la minería ilegal, en un sentido más amplio, el Departamento de Antropología de la Universidad de Los Andes, precisó en su intervención ante la Corte lo que significa el territorio y la especial relación que tienen las comunidades étnicas con los recursos naturales y la formación de la cultura: *"Para las comunidades étnicas el territorio no es lo mismo que la tierra. Esa distinción, entre "tierra" y "territorio", que en Colombia es un principio heredado del movimiento indígena, ha sido retomada por el movimiento campesino en los últimos años. Si la tierra es una cosa que se posee y se puede comprar y vender, el territorio es inalienable. Pero no porque tenga una condición jurídica particular, sino porque se trata menos de una cosa y más de una relación. El territorio es el espacio de la vida cotidiana, y por eso en él se concentran el sentido del presente, la memoria del pasado y la intuición del futuro. Es continuo y discontinuo a la vez, y es siempre colectivo. Además, por tratarse de un decantado de relaciones sociales, trasciende a las relaciones con los congéneres, e incluye las relaciones con el entorno, con otros seres vivos, con seres del pasado y del futuro, y también con los seres espirituales.*

*En muchas regiones la vida cotidiana se despliega en espacios diversos que no solo son terrestres. La cotidianidad de los pueblos ribereños, de mineros artesanales y de pescadores tanto de los ríos como en el mar, se construye en el agua. Las prácticas productivas ligadas a la pesca se arraigan en diversas maneras de intercambio y de saberes locales sobre los distintos acuíferos (ríos, ciénagas, caños, esteros y litoral), así como sobre las formas de vida que allí se reproducen. En el río Magdalena, por ejemplo, los pueblos anfibios, que describió Orlando Fals Borda (1986) conservan formas de relación con la naturaleza donde el río, las ciénagas o el mar son sujetos con quienes se convive e intercambia; un caso similar muestran investigadores como Anne-Marie Losonczy para los pobladores del río Atrato y sus afluentes en el Chocó (2006). **Hablamos así de poblaciones que han establecido históricamente relaciones sociales en el espacio que suponen una continuidad entre el mundo social y el natural, y de formas de territorialidad con la tierra y el agua que han sido considerados comunes. La noción de acuatorios empleada por varias organizaciones del agua, resulta particularmente sugerente.**" (Subrayado y negrilla fuera texto original)*

La Corte considera importante reiterar la trascendencia por el respeto del derecho a la consulta previa en el presente caso puesto que en la actualidad, el panorama minero en Chocó es el siguiente: de acuerdo con cifras del Ministerio de Minas y Energía y la ANM, en el departamento de Chocó existen 242 títulos mineros vigentes, de los cuales los municipios de Quibdó y Riosucio tienen el mayor porcentaje (20% y 10.7% respectivamente); seguidos de los municipios de El Carmen (11.5%), Bagadó y Condoto (10%), y Tadó (6%). Por otra parte, según el Censo Minero realizado por el Ministerio de Minas y Energía entre 2010 y 2011 se censaron en el departamento del Chocó 527 unidades de producción minera, de las cuales el 99.2% no contaban con título minero inscrito en el registro nacional minero, lo cual implica que trabajan en la ilegalidad. Sin embargo, al no existir datos actualizados ni precisos, esta información puede ser simplemente una aproximación que no permite constatar qué clase de minería se realiza, si es legal o ilegal, y dónde se está ejecutando, no solo en el departamento de Chocó sino a nivel nacional.

9.38. En este orden de ideas, la Corte considera que es responsabilidad del Gobierno nacional y de las autoridades mineras y ambientales realizar procesos integrales de erradicación de la minería ilegal, y en los casos donde se desarrollan proyectos de minería legal, realizar consulta previa a comunidades étnicas cuando estas actividades se realicen en sus territorios colectivos o cuando estas afecten directamente sus territorios y sus formas tradicionales de vida. Para la Sala es claro, de acuerdo a lo analizado en las pruebas obrantes en el expediente y en la inspección judicial³²³, que se ha presentado una vulneración de los derechos al territorio y a la cultura (entendida como todas las manifestaciones que definen su forma de vida) de las comunidades étnicas de la cuenca del río Atrato como consecuencia de la ejecución de actividades de explotación minera ilegal. Asimismo, preocupa a la Sala la denuncia de varias organizaciones y expertos, como ya se reseñó en el capítulo 7, fundamentos 7.20 y 7.21 de esta providencia, ante la realización de actividades mineras legales e ilegales en zonas protegidas y en parques nacionales, prácticas que están prohibidas y que en caso de darse, deben ser suspendidas de inmediato.

Respecto de lo anterior, este Tribunal encuentra que las entidades demandadas han vulnerado los derechos fundamentales al territorio y a la cultura de las comunidades étnicas de la cuenca del río Atrato (Chocó), por su conducta omisiva al permitir que se desarrollen en sus territorios colectivos actividades de minería ilegal que terminan amenazando y transformando por completo sus formas tradicionales de vida. En consecuencia, se ordenarán una serie de medidas que permitan hacer frente a esta grave vulneración de los derechos fundamentales a la cultura y al territorio, que se indicarán en el acápite relativo a las órdenes.

9.39. En conclusión, después de haber (i) reseñado y constatado cada una de las afectaciones a los derechos fundamentales invocados por las comunidades

³²³ Ver Acta Final de Inspección Judicial, folios 2095-2131. Adicionalmente, ver Informe de acompañamiento a la inspección judicial por parte de la Defensoría del Pueblo, folio 2476 y ss.

demandantes en la presente acción de tutela, (ii) de haber valorado las pruebas allegadas al expediente (informes, contestaciones, conceptos, intervenciones) y de la inspección judicial practicada por el despacho del Magistrado Sustanciador, la Sala concluye que en el caso sometido a su estudio, se presenta una grave vulneración de los derechos a la *vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio* de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato, sus afluentes y territorios aledaños en el marco de lo que se ha denominado “*el Chocó biogeográfico*”, imputable a las entidades estatales demandadas (tanto del orden local como del nacional) por omisión en el cumplimiento de sus deberes legales y constitucionales, al no tomar medidas efectivas, concretas y articuladas para enfrentar y dar solución a la realización de actividades intensivas de minería ilegal en la zona de los hechos.

Así las cosas, debe reiterar la Corte que la grave situación analizada en esta providencia también tiene su origen en una falta de presencia estatal en el departamento del Chocó que se traduzca en el diseño, construcción e implementación de instituciones fuertes y políticas públicas integrales que permitan la construcción de un ESD en la región, donde se garanticen unas condiciones mínimas (o puntos de partida esenciales), que permitan el desarrollo de una vida digna, plena en el ejercicio de derechos y en condiciones de bienestar para todos los chocoanos.

9.40. Finalmente, considera la Sala que las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato tienen derecho a que las entidades estatales demandadas y el Estado colombiano les garanticen sus derechos fundamentales. Y a que lo hagan con planes y programas destinados al mejoramiento de su calidad de vida y a la protección integral de sus derechos fundamentales, tal y como se reseñó en capítulo 4, fundamentos 4.5 a 4.21. Las comunidades étnicas del Chocó, como sujetos especiales protegidos por la Constitución y nuestra fórmula de ESD, tienen derecho a vivir en condiciones plenas de *justicia social, dignidad humana y bienestar general* como en cualquier otra sociedad que aspira al logro del bienestar y también a la consecución de la felicidad. En este sentido, la finalidad última del juez constitucional, en cualquier instancia, es la realización de la justicia material; **en consecuencia esta Corte concederá la acción de tutela y los derechos invocados por las comunidades étnicas accionantes a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio, para lo cual dará una serie de órdenes concretas que permitan enfrentar la difícil situación que ha generado la explotación minera ilegal en la cuenca del río Atrato.**

9.41. *Sobre los efectos inter comunis de la presente providencia.* Un aspecto final a resaltar es que la vulneración de derechos fundamentales en el caso *sub examine* ha recaído sobre una población de gran tamaño. Como ya se ha reseñado en esta providencia entre las comunidades accionantes se encuentra el Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca) que está integrado por 3.200 familias, el Consejo

Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia) integrado por 120 comunidades y el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó (Fisch) por 47 organizaciones.

De esta manera, la Sala debe anotar que las poblaciones reseñadas son sólo algunos de los colectivos accionantes, cuyo número puede aumentar si se tiene en cuenta que las comunidades potencialmente afectadas son todas aquellas que habitan la cuenca del río Atrato y sus afluentes, lo que involucra a buena parte de la población del departamento del Chocó, y por tanto, esta providencia tendrá -de manera excepcional- efectos *inter comunis*, con el objeto de amparar los derechos de comunidades étnicas que aún cuando no hayan promovido esta acción constitucional se encuentren igualmente afectadas por los hechos denunciados, con el fin de dar a todos los miembros de una misma comunidad un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

Por las razones expuestas, la Corte amparará los derechos fundamentales de los consejos comunitarios accionantes con efectos *inter comunis* para toda persona o comunidad que habite la cuenca del río Atrato, sus afluentes y territorios aledaños, en la medida en que la población afectada por los hechos denunciados en esta acción podría ser muy superior a la representada por los demandantes.

d.- Algunas consideraciones en materia de política pública minero-energética.

9.42. Visto lo anterior, la Sala debe señalar que las entidades accionadas (tanto del orden local como del nacional), si bien han desplegado algunos esfuerzos en materia presupuestal y administrativa para conjurar las causas y consecuencias que tiene la actividad minera ilegal en las poblaciones y el medio ambiente, estos han resultado insuficientes por diversas razones, como ya ha sido explicado con suficiencia en esta providencia.

9.43. La Corte ha detectado que las recomendaciones hechas por los diferentes organismos de control como la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República sobre la grave situación de la minería ilegal en Chocó no han podido ser cumplidas debido a la alta complejidad que las mismas revisten y que, en muchos casos, sobrepasan la capacidad institucional, presupuestal y de articulación de las entidades a cargo, desde el nivel local hasta el nacional, como se vio en el fundamento 9.18 de la presente providencia.

9.44. Esta Corporación no desconoce que la actividad minera ilegal es sumamente compleja en la medida en que conjuga varios factores a un mismo tiempo: pobreza, falta de oportunidades, desigualdad, prostitución, ilegalidad, violencia, actores armados, posconflicto, por nombrar solo algunos. Sin embargo, entiende que el asunto bajo estudio tiene su origen en una serie de problemas estructurales en el departamento de Chocó (que escapan, por su dimensión, al objeto de la presente acción de tutela), a los que se suman, ya en el

caso concreto, algunos aspectos relativos a la política minero-energética colombiana que deberían evaluarse sobre todo en lo que tiene que ver con su diseño e implementación. Sobre este particular, la Sala presentará algunas consideraciones a continuación.

9.45. En primer lugar, para la Sala es importante señalar que, ante una política nacional minera que está dirigida a estimular en el presente y en los años por venir un mayor consumo de los recursos naturales, es indispensable que el Estado colombiano, en igual medida, **construya una gobernanza sostenible y fortalezca sus instituciones** -en especial en los niveles municipal y departamental- de manera que estas puedan responder de forma efectiva y responsable a los grandes desafíos que esta industria representa, sobre todo en relación con sus costos y beneficios, y también, con el creciente fenómeno de la minería ilegal. En efecto, si el Estado descuida su responsabilidad de otorgarle el mayor amparo posible a nuestros recursos naturales, acaba trasladándola sobre la ciudadanía y las comunidades locales, que, en consecuencia, tendrían -en caso de darse tal situación- que enfrentarse contra la misma administración, los empresarios, las multinacionales y los trabajadores mineros.

Por supuesto, la Corte no pretende desconocer los esfuerzos del Gobierno ni las disposiciones legales que propenden por la protección y preservación del medio ambiente sano e incluso por un desarrollo sostenible de la minería, pero ha constatado que éstas en la realidad (en las regiones, en los hechos) han perdido su efecto vinculante y se han convertido en lo que la doctrina ha calificado como *"la eficacia simbólica del derecho"*³²⁴. En este orden de ideas, en opinión de la Sala, para enfrentar este fenómeno, por ejemplo, **resultaría preciso que el Gobierno nacional construya una política pública minero-energética que tenga en cuenta las realidades ambientales y sociales de la nación**, que pasan por el cambio climático, la crisis de la biodiversidad y el aumento de la devastación ambiental como consecuencia del desarrollo de industrias extractivas.

Adicionalmente, la Sala considera que sería conveniente que las entidades competentes -como la Presidencia de la República, el Ministerio de Interior, el Ministerio de Ambiente, el Ministerio de Hacienda y el Departamento Nacional de Planeación e incluso con el apoyo del Ministerio de Justicia-, elaboren un **plan de fortalecimiento institucional** con el objeto de dotar a las entidades regionales de herramientas suficientes -en términos de capacidad institucional, recursos financieros y planta de personal- para poder enfrentar de forma efectiva toda actividad minera ilegal³²⁵ con especial énfasis en (i) las autoridades ambientales de la región -Codechocó y Corpourabá-; (ii) las administraciones municipales de Chocó así como al departamento; y (iii) los despachos judiciales y dependencias de la Fiscalía General de la Nación y las entidades que hacen

³²⁴ García Villegas, Mauricio. *Sociología política del campo jurídico en América Latina*, IEPRI, DEBATE, Universidad Nacional de Colombia. Segunda edición, 2014.

³²⁵ Este plan deberá contemplar el traslado de los recursos financieros, administrativos y humanos necesarios que estas autoridades requieran para desempeñar de forma eficiente sus labores en general y las encomendadas en esta providencia.

parte del Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y Personerías) y organismos de control (Contraloría General de la República) que desarrollan actividades en la región.

Finalmente, otro aspecto a tener en cuenta es la insuficiente cultura ambiental por falta de visión global y a largo plazo favorece el aprovechamiento no sostenible de los recursos naturales, que deriva en conflictos por el dominio de lo rentable³²⁶. Existe, entonces, una corresponsabilidad en su protección y conservación, radicada en la ciudadanía, la empresa y el Estado. En este sentido, Colombia debe transitar hacia la conciencia y sensibilización ambiental, comenzando desde las comunidades quienes también tienen la responsabilidad de preservar y cuidar el medio ambiente. Para ello es indefectible fortalecer una pedagogía constitucional que favorezca los valores de la diversidad biológica y la heterogeneidad cultural, con el objetivo de movilizar hacia una nueva racionalidad humana fundamentada en la protección y respeto de la naturaleza como expresión de evolución y civilización³²⁷.

De esta forma, es importante que se fortalezca el ámbito de aplicación y el alcance de los proyectos ambientales escolares o “PRAE”³²⁸ que hacen parte de la “política nacional de educación ambiental” complementada por la Ley 1549 de 2012 para que los PRAE con énfasis en las regiones sean una realidad, especialmente, en zonas rurales y de gran biodiversidad como lo son las regiones Amazónica y Pacífica, por ejemplo.

9.46. En segundo lugar, debe señalarse que el actual Código Minero -Ley 681 de 2001-, como lo ha encontrado este Tribunal en recientes sentencias (como la T-766 de 2015, la C-035 de 2016 y la C-273 de 2016) presenta una serie de problemas de ejecución de cara al ordenamiento constitucional vigente. Dichos problemas para regular la actividad minera en el país ya han sido evidenciados por la Corporación en las providencias antes mencionadas, en las que respectivamente, se suspendieron las áreas estratégicas mineras, se prohibió la realización de minería en los páramos y se declaró inconstitucional la prohibición a los entes territoriales de oponerse a la realización de actividades mineras en sus jurisdicciones.

En este sentido, llama la atención de la Corte que frente a este panorama pueda presentarse un déficit de protección en materia minera y ambiental respecto de la falta de actualización del Código Minero. A este respecto debe recordarse que

³²⁶ Jaquenod De Zsogon, Silvia. “Antropología ambiental. Conflictos por recursos naturales y vulnerabilidad de poblaciones”, Dykinson, España, 2014.

³²⁷ Leff, Enrique. “Ecología y Capital. Racionalidad ambiental, democracia participativa y desarrollo sustentable”, Siglo XXI Editores, 2007.

³²⁸ De acuerdo con el artículo 8 de la Ley 1549 de 2012, los Proyectos Ambientales Escolares (PRAE) tendrán el siguiente objeto: “Estos proyectos, de acuerdo a como están concebidos en la política, incorporarán, a las dinámicas curriculares de los establecimientos educativos, de manera transversal, problemas ambientales relacionados con los diagnósticos de sus contextos particulares, tales como, cambio climático, biodiversidad, agua, manejo de suelo, gestión del riesgo y gestión integral de residuos sólidos, entre otros, para lo cual, desarrollarán proyectos concretos, que permitan a los niños, niñas y adolescentes, el desarrollo de competencias básicas y ciudadanas, para la toma de decisiones éticas y responsables, frente al manejo sostenible del ambiente”.

tras la decisión de declarar inconstitucional la Ley 1382 de 2010 (o reforma al Código Minero de 2001) mediante la sentencia C-366 de 2011, el Estado colombiano no ha cumplido hasta el momento con la obligación de expedir una nueva regulación minera que siga los lineamientos que es su momento se le indicaron por la Corte Constitucional. Este hecho cobra aún mayor importancia cuando en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 el Estado colombiano se impone como obligación *“atender de manera prioritaria la expedición de la regulación legal necesaria con el fin de organizar la actividad minera existente (...) desde una visión territorial y ambientalmente responsable”*³²⁹.

A este mismo respecto, aunque el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 señala que *“la autoridad minera continuará su proceso de fortalecimiento y consolidación a través de la puesta en marcha del catastro y registro minero, la agilidad en los tiempos de respuesta, la fiscalización y la presencia regional”*³³⁰ de acuerdo a las pruebas estudiadas y los documentos enviados por el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería en el trámite de revisión, estos propósitos no se han llevado a la práctica, en la medida en que no se ha constituido un sistema general de información y catastro minero completo y actualizado.

Ahora bien, en lo referente a la política pública estatal para hacer frente a la minería ilegal, el gobierno ha dispuesto que se: *“deberá consolidar un grupo interinstitucional especializado en prevenir y controlar la extracción ilícita de minerales y se expedirá la reglamentación necesaria para establecer sanciones administrativas y económicas de estas conductas, la judicialización de los responsables, y la disposición de los bienes utilizados y productos de esta actividad”*³³¹.

Como se ha podido evidenciar en el análisis del caso concreto, a pesar de las medidas que ha tomado el Estado colombiano para enfrentar esta situación (a nivel del Plan Nacional de Desarrollo y de una serie de disposiciones legales y reglamentarias), ha faltado una gran capacidad de concreción, articulación y ejecución para que las medidas diseñadas sean efectivas y permitan dar solución al fenómeno de la minería ilegal.

En la actualidad, tanto la jurisprudencia reciente en materia minera, como la valoración de las pruebas allegadas al expediente y la visita realizada por la

³²⁹ Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018: Todos por un nuevo país. Pág. 238 y ss.

³³⁰ Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018: Todos por un nuevo país. Pág. 239 y 241.

³³¹ *Ibidem*. Del mismo modo, se ha establecido que *“se desarrollará una estrategia para desincentivar la explotación ilícita de minerales en toda su cadena. Para ello: 1) se buscará redoblar y ampliar los esfuerzos para controlar los insumos necesarios para esta actividad (principalmente el mercurio), implementando la legislación reciente sobre el particular para alcanzar este objetivo; 2) se trabajará en la cooperación internacional para luchar contra este fenómeno en zonas de frontera; 3) se exigirá a los ejecutores de obras de infraestructura la verificación de la procedencia lícita de los materiales de construcción utilizados en las mismas; 4) se desarrollará una herramienta con la que se le pueda hacer trazabilidad al mineral desde que se produce hasta que se comercializa; y, 5) se fortalecerá la capacidad de la autoridad minera para resolver las solicitudes de legalización de minería de hecho y las solicitudes de formalización de minería tradicional, para que en un término de 2 años se dé trámite a las solicitudes que actualmente están en curso”*.

Corte al departamento de Chocó³³² permiten concluir que resulta necesario evaluar el modelo minero-energético en vigencia con el objeto de lograr un mayor control de la actividad minera ilegal, que a su vez, tiene importantes repercusiones en la minería que se realiza de forma legal.

9.47. En tercer lugar, existe una preocupante falta de información sobre la realidad minera regional en el Chocó que se traduce en la inexistencia de censos, documentos o investigaciones actualizadas y de referencia que permitan identificar los principales lugares donde se desarrolla esta actividad y qué clase de impacto tiene; al respecto, la Corte considera que las autoridades mineras deben realizar lo antes posible un censo minero regional que permita saber a ciencia cierta en dónde se realizan procesos de minería legal e ilegal, para que así se puedan tomar decisiones de política pública coherentes y que tengan vocación de ser cumplidas. Este censo deberá ser diseñado con carácter diferenciado para que así se pueda saber qué clase de minería se está realizando, si es tradicional, pequeña, mediana o grande, lo cual es de vital importancia para poder desarrollar procesos de formalización. En este sentido, la Sala exhorta a las autoridades competentes con el objeto de que realicen un censo minero regional en el departamento de Chocó.

9.48. En cuarto lugar, sin información precisa y confiable el Estado no puede diseñar y mucho menos ejecutar una política pública de largo plazo sobre minería en general o para combatir de forma eficiente, por ejemplo, el preocupante fenómeno de la minería ilegal. Respecto de este último, la Sala valora las acciones y los operativos (que han incluido con algunas detenciones, incautaciones y capturas) realizados por las entidades competentes como el Ministerio de Defensa o la Fiscalía General de la Nación³³³ para combatir la minería ilegal, sin embargo, estima que es necesario que estas acciones se desarrollen con mayor frecuencia, planeación y coordinación; pero sobre todo con vocación de permanencia en el tiempo, es decir, con una periodicidad, seguimiento e indicadores que permitan establecer de forma precisa el impacto de sus resultados y la erradicación de tal actividad ilegal.

La implementación de una estrategia unificada con base en información actual y precisa permitiría fortalecer la explotación minera legal y un enfrentamiento integral de la minería ilegal como actividad que vulnera no sólo los derechos de las comunidades y del medio ambiente sino que es clave para la construcción de la paz y del posconflicto en regiones del país que han sido históricamente afectadas por la violencia como el Chocó.

9.49. En quinto lugar, no deja de llamar la atención de la Corte la falta de una regulación pública del comercio del oro. Como se desprende del análisis probatorio, este mineral es la nueva estrategia de financiación del conflicto

³³² Ver Acta Final de Inspección Judicial, folios 2095-2131. Adicionalmente, ver Informe de acompañamiento a la inspección judicial por parte de la Defensoría del Pueblo, folio 2476 y ss.

³³³ Cuaderno de pruebas Núm. 1, folios 389-400 y Cuaderno de pruebas Núm. 3, folios 1014-1263. Cuaderno de pruebas Núm. 6, folios 2603 y ss.

armado y del narcotráfico. Al no estar regulado dicho comercio, ni su relación con el lavado de activos, como lo evidenciaron en sus respuestas el Ministerio de Hacienda y la Unidad de Información y Análisis Financiero³³⁴, esta actividad continúa en la impunidad siendo sumamente rentable para los actores del conflicto, el narcotráfico y el crimen organizado, pero además con una consecuencia aún más preocupante: estimulando la minería de oro ilegal. Hoy no es posible determinar qué oro proviene de qué fuente, si es legal o no, que actividades está financiando y tampoco es posible perseguir a quienes están detrás de esta empresa ilegal. En este sentido, la Corte exhortará al Ministerio de Hacienda y la Unidad de Información y Análisis Financiero que establezcan una regulación nacional para el comercio de oro, que permita a las entidades correspondientes investigar, identificar y seguir el camino del comercio de este mineral hasta llegar a sus generadores en conexión con la explotación minera relacionada.

9.50. Por último, ante la grave vulneración de derechos fundamentales que la minería ilegal y otras problemáticas estructurales están causando en el departamento del Chocó, la Corte se permite recordarle al Estado colombiano, en su conjunto, en el nivel nacional en cabeza del Gobierno y en el nivel regional en cabeza de las autoridades departamentales y municipales, **que conforme a la Constitución Política tiene una serie de obligaciones constitucionales irrenunciables con el único objeto de garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales del pueblo colombiano.** Que de acuerdo al Preámbulo, consisten en *“asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”*. Objetivos que van a ser desarrollados y reiterados en los artículos **1º** (Estado social de derecho), **2º** (Fines del Estado), **5º** (Supremacía de los derechos de la persona), **7º** (Protección de la diversidad étnica y cultural), **8º** (Protección de la riqueza cultural y natural de la Nación) **11** (Inviolabilidad del derecho a la vida), **12** (Integridad personal), **13** (Derecho a la igualdad), **16** (Derecho al libre desarrollo de la personalidad), **22** (Derecho a la paz), **44** (Derecho de los niños), **48** (Derecho a la seguridad social), **49** (Derecho a la salud y al saneamiento básico), **63** (Protección del patrimonio público), **64** (Garantía de acceso progresivo a la propiedad de la tierra), **65** (Derecho a la seguridad alimentaria), **67** (Derecho a la educación), **70** (Derecho a la cultura), **72** (Protección del patrimonio cultural), **79** (Derecho al medio ambiente sano), **80** (Protección de los recursos naturales), **188** y **189** (Funciones y obligaciones del Presidente de la República), **288** (Ordenamiento territorial), **298** (Régimen departamental), **311** (Régimen municipal), **339** (Planes Nacionales de Desarrollo), **356** y **357** (Sistema general de participación), **365** (Servicios públicos eficientes) y **366** (Garantía de bienestar general).

De igual importancia resulta reiterar que el Estado y sus autoridades disponen, por creación constitucional, de una serie de herramientas para atender y enfrentar

³³⁴ Cuaderno de pruebas Núm. 6, folio 2499 y ss.

toda clase de emergencias económicas, sociales y ecológicas que de manera masiva y sistemática amenacen los derechos fundamentales de sus ciudadanos. El artículo 215³³⁵ de la Constitución señala que el Gobierno tiene la facultad de utilizar la figura de los **estados de emergencia**, “cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública”. De esta manera, para la Corte es claro que el Estado colombiano, en los niveles -nacional, regional y local- cuenta con una serie de herramientas legales para enfrentar la grave crisis humanitaria, social y ambiental que se presenta en el departamento de Chocó.

9.51. En sentido complementario y en relación con los graves problemas estructurales denunciados por las comunidades étnicas chocoanas (que superan ampliamente el alcance de la presente acción constitucional) en materia de desplazamiento forzado, vulneraciones de derechos humanos y DESC, carencias en materia de educación, coberturas en acueducto, alcantarillado y saneamiento básico, y otra clase de necesidades básicas insatisfechas, la Sala exhortará al Gobierno nacional para que dé efectivo cumplimiento a las recomendaciones contenidas en la **resolución 64 de 2014** (emanada de la Defensoría del Pueblo) y proceda a conformar en el menor tiempo posible, la “Comisión Interinstitucional para el Chocó” que es la instancia diseñada por la resolución en comento, cuyo propósito es lograr una verificación y seguimiento a la ejecución de las medidas y acciones propuestas sugeridas por el ya referido documento.

³³⁵ “**Artículo 215.** Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.

El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas.

El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo.

El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo.

El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia. El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo.

PARÁGRAFO. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumple con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.”

10.- Órdenes.

10.1. Esta Corporación ha emitido varios tipos de órdenes, dependiendo de la magnitud del problema que genera la vulneración de los derechos objeto de tutela. Ha proferido *órdenes de ejecución simple*, generalmente referidas a órdenes de abstención o de acción que pueden ser efectuadas por una autoridad sin el concurso de otras. También ha dictado *órdenes complejas y mandatos estructurales*, que exigen procesos de articulación y ejecución compleja, involucran a varias autoridades y requieren acciones coordinadas.

En el presente caso, en razón a su complejidad y a los enormes desafíos que representa en términos de cumplimiento, la Sala Sexta de Revisión dará tanto órdenes de ejecución simple como órdenes complejas dirigidas a garantizar los derechos fundamentales de las comunidades étnicas de la cuenca del río Atrato, independientemente de que hayan o no acudido a la acción de tutela para la protección de sus derechos, por esta razón, el efecto de la sentencia será *inter comunis*³³⁶.

La finalidad de estas órdenes es que las entidades encargadas de atender los múltiples problemas descritos establezcan, en un plazo prudencial, y dentro de la órbita de sus competencias, las medidas, las acciones y los correctivos que sean necesarios para superar la grave crisis que en materia de minería ilegal afecta a las poblaciones involucradas en el departamento del Chocó.

Estas órdenes están dirigidas -en términos generales- a que se adopten decisiones efectivas y concretas que permitan superar de forma progresiva y permanente tanto la insuficiencia de recursos, como las falencias en la capacidad institucional, con fundamento en el principio constitucional de colaboración armónica entre poderes públicos para asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales y la plena vigencia de la Constitución Política en el departamento del Chocó.

10.2. A continuación, se reseñan las órdenes a proferir en la presente sentencia:

1.- Se reconocerá al río Atrato, su cuenca y afluentes **como una entidad sujeto de derechos** a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído en los fundamentos 9.27 a 9.32.

En consecuencia, la Corte ordenará al Gobierno nacional que ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río (a través de la institución que el Presidente de la República designe, que bien podría ser el Ministerio de Ambiente) en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca -en adelante-

³³⁶ De acuerdo a la jurisprudencia constitucional los efectos *inter comunis* se adoptan para proteger derechos de todos los afectados por la misma situación de hecho o de derecho en condiciones de igualdad

estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Gobierno colombiano, quienes serán los guardianes del río. Con este propósito, el Gobierno, en cabeza del Presidente de la República, deberá realizar la designación de su representante dentro del mes siguiente a la notificación de esta sentencia. En ese mismo período de tiempo las comunidades accionantes deberán escoger su representante.

Adicionalmente y con el propósito de asegurar la protección, recuperación y debida conservación del río, los representantes legales del mismo deberán diseñar y conformar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta providencia una **comisión de guardianes del río Atrato**, integrada por los dos guardianes designados y un *equipo asesor* al que deberá invitarse al Instituto Humboldt y WWF Colombia, quienes han desarrollado el proyecto de protección del río Bitá en Vichada³³⁷ y por tanto, cuentan con la experiencia necesaria para orientar las acciones a tomar. Dicho equipo asesor podrá estar conformado y recibir acompañamiento de todas las entidades públicas y privadas, universidades (regionales y nacionales), centros de investigación en recursos naturales y organizaciones ambientales (nacionales e internacionales), comunitarias y de la sociedad civil que deseen vincularse al proyecto de protección del río Atrato y su cuenca.

Sin perjuicio de lo anterior, el **panel de expertos** que se encargará de verificar el cumplimiento de las órdenes de la presente providencia (numeral 8) también podrá supervisar, acompañar y asesorar las labores de los guardianes del río Atrato.

2.- Se ordenará al Ministerio de Ambiente, al Ministerio de Hacienda, al Ministerio de Defensa, a Codechocó y Corpourabá, a las Gobernaciones de Chocó y Antioquia, y a los municipios demandados³³⁸ -con el apoyo técnico del Instituto Humboldt, las Universidades de Antioquia y Cartagena, el Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico, WWF Colombia y las demás organizaciones nacionales e internacionales que determine la Procuraduría General de la Nación- y en conjunto con las comunidades étnicas accionantes, que dentro del año siguiente a la notificación de la sentencia, se diseñe y ponga en marcha un **plan para descontaminar las fuentes hídricas del Chocó, comenzando por la cuenca del río Atrato y sus afluentes, los territorios ribereños, recuperar sus ecosistemas y evitar daños adicionales al ambiente en la región**. Este plan incluirá medidas como: (i) el restablecimiento del cauce del río Atrato, (ii) la eliminación de los bancos de área formados por las actividades mineras y (iii) la reforestación de zonas afectadas por minería legal e ilegal.

Adicionalmente, este plan incluirá una serie de indicadores claros que permitan medir su eficacia y deberá diseñarse y ejecutarse de manera concertada con los

³³⁷ <http://www.humboldt.org.co/es/investigacion/proyectos/ejecutados/item/872-rio-bitá-rio-protégido>

³³⁸ Acandí, Bojayá, Lloró, Medio Atrato, Riosucio, Quibdó, Río Quito, Unguía, Carmen del Darién, Bagadó, Carmen de Atrato y Yuto (Chocó), y Murindó, Vigía del Fuerte y Turbo (Antioquia).

pobladores de la zona, así como garantizar la participación de las comunidades étnicas que allí se asientan en el marco del Convenio 169 de la OIT.

3.- En igual medida, se ordenará al Ministerio de Defensa, a la Policía Nacional - Unidad contra la Minería Ilegal, al Ejército Nacional de Colombia, a la Fiscalía General de la Nación, a las gobernaciones de Chocó y Antioquia y a los municipios demandados³³⁹, en conjunto con las comunidades étnicas accionantes y con el acompañamiento del Ministerio de Relaciones Exteriores, que diseñen e implementen dentro de los seis (6) meses siguientes a la notificación de esta providencia, un **plan de acción conjunto para neutralizar y erradicar definitivamente las actividades de minería ilegal que se realicen no solo en el río Atrato y sus afluentes, sino también en el departamento de Chocó**. En este sentido, la Corte reitera que es obligación del Estado colombiano judicializar y erradicar definitivamente toda actividad minera ilegal que se realice en el país.

Las acciones antes referidas deberán incluir la incautación y neutralización de las dragas -y en general de la maquinaria utilizada en estas labores-, la restricción y prohibición del tránsito de insumos como combustible y sustancias químicas asociadas (mercurio, cianuro) y la judicialización de las personas y organizaciones responsables. Asimismo, este proceso estará acompañado por el Ministerio de Relaciones Exteriores en lo que tenga que ver con la situación de extranjeros que realicen actividades de minería ilegal.

Por último, estas medidas deberán incluir indicadores claros y precisos que permitan realizar una evaluación y seguimiento eficaz a las medidas adoptadas.

4.- Como complemento de lo anterior, se ordenará al Ministerio de Agricultura, al Ministerio de Interior, al Ministerio de Hacienda, al Departamento de Planeación Nacional, al Departamento para la Prosperidad Social, a las Gobernaciones de Chocó y Antioquia y a los municipios accionados³⁴⁰ que de manera concertada con las comunidades étnicas accionantes, diseñen e implementen dentro de los seis (6) meses siguientes a la notificación de esta providencia un **plan de acción integral**³⁴¹ que permita recuperar las formas tradicionales de subsistencia y alimentación en el marco del concepto de etnodesarrollo que aseguren mínimos de seguridad alimentaria en la zona, que han dejado de realizarse por la contaminación de las aguas del río Atrato y por el desarrollo intensivo de la actividad minera ilegal.

³³⁹ Acandí, Bojayá, Lloró, Medio Atrato, Riosucio, Quibdó, Río Quito, Unguía, Carmen del Darién, Bagadó, Carmen de Atrato y Yuto (Chocó), y Murindó, Vigía del Fuerte y Turbo (Antioquia).

³⁴⁰ Acandí, Bojayá, Lloró, Medio Atrato, Riosucio, Quibdó, Río Quito, Unguía, Carmen del Darién, Bagadó, Carmen de Atrato y Yuto (Chocó), y Murindó, Vigía del Fuerte y Turbo (Antioquia).

³⁴¹ Este plan deberá incluir una estrategia, con planes y programas definidos y con enfoque étnico, de sustitución de los ingresos para los pobladores de la región que dependan de esta actividad de tal manera que no terminen aún más afectados. De igual forma, deberá respetar las actividades ancestrales de minería artesanal que las comunidades étnicas realizan desde hace varios siglos.

Este plan también deberá estar dirigido a *restablecer los derechos de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato*, especialmente en lo que tiene que ver con la recuperación de su cultura, participación, territorio, identidad, modo de vida y actividades productivas, incluida la pesca, la caza, la agricultura, la recolección de frutos y la minería artesanal. En este sentido, las medidas que se tomen deberán ir enfocadas a garantizar: (i) la soberanía alimentaria de las comunidades y (ii) prevenir su desplazamiento involuntario de la zona por actividades mineras ilegales y daños ambientales.

Estas medidas deberán incluir indicadores claros y precisos que permitan realizar una evaluación y seguimiento eficaz a las medidas adoptadas.

5.- Igualmente, se ordenará al Ministerio de Ambiente, al Ministerio de Salud y al Instituto Nacional de Salud, a Codechocó y Corpourabá -con el apoyo y la supervisión del Instituto Humboldt, las Universidades de Antioquia y Cartagena, el Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico y WWF Colombia- que realicen **estudios toxicológicos y epidemiológicos del río Atrato, sus afluentes y comunidades**, los cuales no pueden tardar más de tres (3) meses en dar inicio ni exceder de nueve (9) meses para su culminación, a partir de la notificación de la presente providencia, en los que se determine el grado de contaminación por mercurio y otras sustancias tóxicas, y la posible afectación en la salud humana de las poblaciones, consecuencia de las actividades de minería que usan estas sustancias.

Adicionalmente, estas entidades deberán estructurar una **línea base de indicadores ambientales** con el fin de contar con instrumentos de medida que permitan afirmar la mejora o desmejora de las condiciones de la cuenca del río Atrato en el futuro.

6.- Se ordenará a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo y a la Contraloría General de la República que conforme a sus competencias legales y constitucionales realicen un proceso de acompañamiento y seguimiento al cumplimiento y ejecución de todas las órdenes pronunciadas en los numerales anteriores, en el corto, mediano y largo plazo a partir de la notificación de la presente sentencia. Dicho proceso será liderado y coordinado por la Procuraduría General de la Nación quien rendirá informes y estará bajo la supervisión general del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (juez de primera instancia en el trámite de tutela) y la Corte Constitucional, quien en todo caso, se reserva la competencia para verificar el cumplimiento de las órdenes proferidas en esta providencia.

Para este efecto, la Procuraduría General de la Nación tendrá que convocar dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta sentencia un **panel de expertos**³⁴² que asesore el proceso de seguimiento y ejecución -de

³⁴² Dicho panel de expertos podrá estar compuesto por diversas entidades, ONG y centros académicos que durante el trámite de revisión manifestaron su interés de participar en el desarrollo de las órdenes que la Corte proferiría. En su orden son: (i) el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia-, (ii) la

acuerdo con su experiencia en los temas específicos-, siempre con la participación de las comunidades accionantes, con el objeto de establecer cronogramas, metas e indicadores de cumplimiento necesarios para la efectiva implementación de las órdenes aquí proferidas.

En ejercicio de tales funciones la Procuraduría General de la Nación, como coordinador del seguimiento y ejecución de la presente sentencia con el apoyo de la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República y el panel de expertos que para el efecto convoque, estará encargada de: (i) dirigir, coordinar e impulsar todo el cumplimiento y ejecución de las órdenes aquí proferidas; (ii) diseñar e implementar los indicadores generales y específicos que permitan evaluar el cumplimiento de las órdenes proferidas en este caso por parte de las entidades accionadas y del Gobierno nacional; (iii) evaluar y analizar los informes, programas y planes que presenten en el trámite del cumplimiento de estas órdenes las entidades del Estado accionadas; (iv) investigar y documentar las quejas sobre posible incumplimiento de las medidas establecidas en esta providencia; y (v) hacer recomendaciones y observaciones a las entidades accionadas y al Gobierno nacional respecto del cumplimiento de las órdenes aquí proferidas y en general respecto del respeto y garantía de los derechos fundamentales vulnerados a las comunidades étnicas del Chocó.

Adicionalmente, la Procuraduría General de la Nación, en conjunto con la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República, deberán entregar reportes **semestrales** de su gestión con indicadores de cumplimiento de las órdenes proferidas, tanto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca como a la Corte Constitucional para lo de su competencia.

7.- Finalmente, se exhorta al Gobierno nacional, en cabeza del Presidente de la República, para que dé efectivo cumplimiento a las recomendaciones contenidas en la **resolución 64 de 2014** y proceda a conformar en un período no superior a un (1) mes a partir de la notificación de esta providencia, la “Comisión Interinstitucional para el Chocó” que es la instancia diseñada por la resolución en comento, cuyo propósito es lograr una verificación y seguimiento a la ejecución de las recomendaciones allí contenidas para atender y dar solución a la grave crisis humanitaria, social y ambiental que enfrenta el departamento de Chocó.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, (iii) el Centro de Estudios “Tierra Digna” y los representantes de las comunidades accionantes, (iv) la Fiscalía General de la Nación; (v) los departamentos de Antropología y Biología de las Universidades de Antioquia, Andes, así como las Universidades de Cartagena y Tecnológica de Quibdó; (vi) el Instituto Humboldt, y (vii) el Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico y WWF Colombia.

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada para decidir el presente asunto.

SEGUNDO.- REVOCAR el fallo proferido el veintiuno (21) de abril de 2015 por el Consejo de Estado -Sección Segunda, Subsección A-, que negó el amparo en la acción de tutela instaurada por el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna” en representación de varias comunidades étnicas contra el Ministerio de Ambiente y otros, que a su vez confirmó la decisión del once (11) de febrero de 2015 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Cuarta, Subsección B-. En su lugar, **CONCEDER** a los actores el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio.

TERCERO.- DECLARAR la existencia de una grave vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato y sus afluentes, imputable a las entidades del Estado colombiano accionadas (Presidencia de la República, Ministerio de Interior, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Defensa Nacional, Ministerio de Salud y Protección Social, Ministerio de Agricultura, Departamento para la Prosperidad Social, Departamento Nacional de Planeación, Agencia Nacional de Minería, Agencia Nacional de Licencias Ambientales, Instituto Nacional de Salud, Departamentos de Chocó y Antioquia, Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó -Codechocó-, Corporación para el Desarrollo Sostenible del Urabá -Corpourabá-, Policía Nacional – Unidad contra la Minería Ilegal, y los municipios de Acandí, Bojayá, Lloró, Medio Atrato, Riosucio, Quibdó, Río Quito, Unguía, Carmen del Darién, Bagadó, Carmen de Atrato y Yuto -Chocó-, y Murindó, Vigía del Fuerte y Turbo -Antioquia-), **por su conducta omisiva** al no proveer una respuesta institucional idónea, articulada, coordinada y efectiva para enfrentar los múltiples problemas históricos, socioculturales, ambientales y humanitarios que aquejan a la región y que en los últimos años se han visto agravados por la realización de actividades intensivas de minería ilegal.

CUARTO.- RECONOCER al río Atrato, su cuenca y afluentes **como una entidad sujeto de derechos** a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído en los fundamentos 9.27 a 9.32.

En consecuencia, la Corte ordenará al Gobierno nacional que ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río (a través de la institución que el Presidente de la República designe, que bien podría ser el Ministerio de Ambiente) en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca -en adelante- estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un

delegado del Gobierno colombiano, quienes serán los guardianes del río. Con este propósito, el Gobierno, en cabeza del Presidente de la República, deberá realizar la designación de su representante dentro del mes siguiente a la notificación de esta sentencia. En ese mismo período de tiempo las comunidades accionantes deberán escoger a su representante.

Adicionalmente y con el propósito de asegurar la protección, recuperación y debida conservación del río, los representantes legales del mismo deberán diseñar y conformar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta providencia una **comisión de guardianes del río Atrato**, integrada por los dos guardianes designados y un *equipo asesor* al que deberá invitarse al Instituto Humboldt y WWF Colombia, quienes han desarrollado el proyecto de protección del río Bitá en Vichada³⁴³ y por tanto, cuentan con la experiencia necesaria para orientar las acciones a tomar. Dicho equipo asesor podrá estar conformado y recibir acompañamiento de todas las entidades públicas y privadas, universidades (regionales y nacionales), centros académicos y de investigación en recursos naturales y organizaciones ambientales (nacionales e internacionales), comunitarias y de la sociedad civil que deseen vincularse al proyecto de protección del río Atrato y su cuenca.

Sin perjuicio de lo anterior, el **panel de expertos** que se encargará de verificar el cumplimiento de las órdenes de la presente providencia (orden décima) también podrá supervisar, acompañar y asesorar las labores de los guardianes del río Atrato.

QUINTO.- ORDENAR al Ministerio de Ambiente, al Ministerio de Hacienda, al Ministerio de Defensa, a Codechocó y Corpourabá, a las Gobernaciones de Chocó y Antioquia, y a los municipios demandados³⁴⁴ -con el apoyo del Instituto Humboldt, las Universidades de Antioquia y Cartagena, el Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico, WWF Colombia y las demás organizaciones nacionales e internacionales que determine la Procuraduría General de la Nación- y en conjunto con las comunidades étnicas accionantes, que dentro del año siguiente a la notificación de la sentencia, se diseñe y ponga en marcha un **plan para descontaminar la cuenca del río Atrato y sus afluentes, los territorios ribereños, recuperar sus ecosistemas y evitar daños adicionales al ambiente en la región**. Este plan incluirá medidas como: (i) el restablecimiento del cauce del río Atrato, (ii) la eliminación de los bancos de área formados por las actividades mineras y (iii) la reforestación de zonas afectadas por minería legal e ilegal.

Adicionalmente, este plan incluirá una serie de indicadores claros que permitan medir su eficacia y deberá diseñarse y ejecutarse de manera concertada con los pobladores de la zona, así como garantizar la participación de las comunidades étnicas que allí se asientan en el marco del Convenio 169 de la OIT.

³⁴³ <http://www.humboldt.org.co/es/investigacion/proyectos/ejecutados/item/872-rio-bitá-rio-protégido>

³⁴⁴ Acandí, Bojayá, Lloró, Medio Atrato, Riosucio, Quibdó, Río Quito, Unguía, Carmen del Darién, Bagadó, Carmen de Atrato y Yuto (Chocó), y Murindó, Vigía del Fuerte y Turbo (Antioquia).

SEXTO.- ORDENAR al Ministerio de Defensa, a la Policía Nacional - Unidad contra la Minería Ilegal, al Ejército Nacional de Colombia, a la Fiscalía General de la Nación, a las gobernaciones de Chocó y Antioquia y a los municipios demandados³⁴⁵, en conjunto con las comunidades étnicas accionantes y con el acompañamiento del Ministerio de Relaciones Exteriores, que diseñen e implementen dentro de los seis (6) meses siguientes a la notificación de esta providencia, un **plan de acción conjunto para neutralizar y erradicar definitivamente las actividades de minería ilegal que se realicen no solo en el río Atrato y sus afluentes, sino también en el departamento de Chocó**. En este sentido, la Corte reitera que es obligación del Estado colombiano judicializar y erradicar definitivamente toda actividad minera ilegal que se realice en el país.

Las acciones antes referidas deberán incluir la incautación y neutralización de las dragas -y en general de la maquinaria utilizada en estas labores-, la restricción y prohibición del tránsito de insumos como combustible y sustancias químicas asociadas (mercurio, cianuro) y la judicialización de las personas y organizaciones responsables. Asimismo, este proceso estará acompañado por el Ministerio de Relaciones Exteriores en lo que tenga que ver con la situación de extranjeros que realicen actividades de minería ilegal.

Por último, estas medidas deberán incluir indicadores claros y precisos que permitan realizar una evaluación y seguimiento eficaz a las medidas adoptadas.

SÉPTIMO.- ORDENAR al Ministerio de Agricultura, al Ministerio de Interior, al Ministerio de Hacienda, al Departamento de Planeación Nacional, al Departamento para la Prosperidad Social, a las Gobernaciones de Chocó y Antioquia y a los municipios accionados³⁴⁶ que de manera concertada con las comunidades étnicas accionantes, diseñen e implementen dentro de los seis (6) meses siguientes a la notificación de esta providencia un **plan de acción integral**³⁴⁷ que permita recuperar las formas tradicionales de subsistencia y alimentación en el marco del concepto de etnodesarrollo que aseguren mínimos de seguridad alimentaria en la zona, que han dejado de realizarse por la contaminación de las aguas del río Atrato y por el desarrollo intensivo de la actividad minera ilegal.

Este plan también deberá estar dirigido a *restablecer los derechos de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato*, especialmente en lo que tiene que ver con la recuperación de su cultura, participación, territorio, identidad, modo de vida y actividades productivas, incluida la pesca, la caza, la

³⁴⁵ Acandí, Bojayá, Lloró, Medio Atrato, Riosucio, Quibdó, Río Quito, Unguía, Carmen del Darién, Bagadó, Carmen de Atrato y Yuto (Chocó), y Murindó, Vigía del Fuerte y Turbo (Antioquia).

³⁴⁶ Acandí, Bojayá, Lloró, Medio Atrato, Riosucio, Quibdó, Río Quito, Unguía, Carmen del Darién, Bagadó, Carmen de Atrato y Yuto (Chocó), y Murindó, Vigía del Fuerte y Turbo (Antioquia).

³⁴⁷ Este plan deberá incluir una estrategia, con planes y programas definidos y con enfoque étnico, de sustitución de los ingresos para los pobladores de la región que dependan de esta actividad de tal manera que no terminen aún más afectados. De igual forma, deberá respetar las actividades ancestrales de minería artesanal que las comunidades étnicas realizan desde hace varios siglos.

agricultura, la recolección de frutos y la minería artesanal. En este sentido, las medidas que se tomen deberán ir enfocadas a garantizar: (i) la soberanía alimentaria de las comunidades y (ii) prevenir su desplazamiento involuntario de la zona por actividades mineras ilegales y daños ambientales.

Estas medidas deberán incluir indicadores claros y precisos que permitan realizar una evaluación y seguimiento eficaz a las medidas adoptadas.

OCTAVO.- ORDENAR al Ministerio de Ambiente, al Ministerio de Salud y al Instituto Nacional de Salud, a Codechocó y a Corpourabá -con el apoyo y la supervisión del Instituto Humboldt, las Universidades de Antioquia y Cartagena, el Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico y WWF Colombia- que realicen **estudios toxicológicos y epidemiológicos del río Atrato, sus afluentes y comunidades**, los cuales no puede tardar más de tres (3) meses en dar inicio ni exceder de nueve (9) meses para su culminación, a partir de la notificación de la presente providencia, en los que se determine el grado de contaminación por mercurio y otras sustancias tóxicas, y la afectación en la salud humana de las poblaciones, consecuencia de las actividades de minería que usan estas sustancias.

Adicionalmente, estas entidades deberán estructurar una **línea base de indicadores ambientales** con el fin de contar con un instrumento de medida que permita afirmar la mejora o desmejora de las condiciones de la cuenca del río Atrato en el futuro.

NOVENO.- ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo y a la Contraloría General de la República que conforme a sus competencias legales y constitucionales realicen un proceso de acompañamiento y seguimiento al cumplimiento y ejecución de todas las órdenes pronunciadas en los numerales anteriores, en el corto, mediano y largo plazo, a partir de la notificación de la presente sentencia. Dicho proceso será liderado y coordinado por la Procuraduría General de la Nación quien rendirá informes y estará bajo la supervisión general del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (juez de primera instancia en el trámite de tutela) y la Corte Constitucional, quien en todo caso, se reserva la competencia para verificar el cumplimiento de las órdenes proferidas en esta providencia.

Para este efecto, la Procuraduría General de la Nación tendrá que convocar dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta sentencia un **panel de expertos**³⁴⁸ que asesore el proceso de seguimiento y ejecución -de

³⁴⁸ Dicho panel de expertos podrá estar compuesto por diversas entidades, ONG y centros académicos que durante el trámite de revisión manifestaron su interés de participar en el desarrollo de las órdenes que la Corte proferiera. En su orden son: (i) el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia-, (ii) la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, (iii) el Centro de Estudios "Tierra Digna" y los representantes de las comunidades accionantes, (iv) la Fiscalía General de la Nación; (v) los departamentos de Antropología y Biología de las Universidades de Antioquia, Andes, así como las Universidades de Cartagena y Tecnológica de Quibdó; (vi) el Instituto Humboldt, y (vii) el Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico y WWF Colombia.

acuerdo con su experiencia en los temas específicos-, siempre con la participación de las comunidades accionantes, con el objeto de establecer cronogramas, metas e indicadores de cumplimiento necesarios para la efectiva implementación de las órdenes aquí proferidas, conforme a lo estipulado en el fundamento 10.2 numeral 8.

Adicionalmente, la Procuraduría General de la Nación, en conjunto con la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República, deberán entregar reportes **semestrales** de su gestión con indicadores de cumplimiento de las órdenes proferidas, tanto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca como a la Corte Constitucional para lo de su competencia.

DÉCIMO.- EXHORTAR al Gobierno nacional, en cabeza del Presidente de la República, para que dé efectivo cumplimiento a las recomendaciones contenidas en la **resolución 64 de 2014** y proceda a conformar en un período no superior a un (1) mes a partir de la notificación de esta providencia, la “Comisión Interinstitucional para el Chocó” que es la instancia diseñada por la resolución en comento, cuyo propósito es lograr una verificación y seguimiento a la ejecución de las recomendaciones allí contenidas para atender y dar solución a la grave crisis humanitaria, social y ambiental que enfrenta el departamento de Chocó.

DÉCIMO PRIMERO.- El Gobierno nacional, a través del Presidente de la República, el Ministerio de Hacienda y el Departamento Nacional de Planeación deberá **ADOPTAR** las medidas adecuadas y necesarias para asegurar los recursos suficientes y oportunos, que permitan la sostenibilidad y progresividad de todas las medidas a implementar para dar cumplimiento a lo ordenado en esta sentencia. Para tal efecto, deberán preverse anualmente las partidas presupuestales del caso, con arreglo a la alta complejidad y el carácter estructural de las medidas ordenadas.

DÉCIMO SEGUNDO.- OTORGAR efectos *inter comunis* a la presente decisión para aquellas comunidades étnicas del Chocó que se encuentren en igual situación fáctica y jurídica que las accionantes.

DÉCIMO TERCERO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado Ponente

AQUILES ARRIETA GÓMEZ
Magistrado (e.)

Expediente T-5.016.242

163

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General