

Razonamiento y argumentación jurídica
Nuevos enfoques para la tutela de la naturaleza

directores
María Valeria Berros
Riccardo Perona

aAccademia
university
press



«Diálogos» / 4



«Diálogos»

Incontri con la cultura giuridica latino-americana

4

**Razonamiento y argumentación jurídica:
nuevos enfoques para la tutela
de la naturaleza**

directores

María Valeria Berros

Riccardo Perona

Este volumen ha sido publicado con la contribución del proyecto “Speak for Nature: Interdisciplinary Approaches on Ecological Justice”, acuerdo de subvención nº 101086202, del programa Horizon-MSCA-2021-SE-01. Las ideas y opiniones expresadas son únicamente del autor y no reflejan necesariamente el punto de vista de la Unión Europea o del programa Marie Skłodowska-Curie Actions. El volumen cuenta, además, con el patrocinio de IgiTo – Instituto Jurídico Internacional de Turín.

© 2024
Accademia University Press
via Carlo Alberto 55
I-10123 Torino



prima edizione dicembre 2024
isbn 9791255000932
edizioni digitali www.aAccademia.it/tutela-de-la-naturaleza
<https://books.openedition.org/aaccademia/>

book design boffetta.com

Accademia University Press è un marchio registrato di proprietà di LEXIS Compagnia Editoriale in Torino srl

Presentación de la obra	María Valeria Berros Riccardo Perona	VII
I. ACERCAMIENTOS TEÓRICOS Y DOCTRINALES A LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA		
Granting Rights to Nature? Considerations on Three Different Approaches to the Question	Sergio Dellavalle	3
L'interrogativo sul limite ed il Prometeo inconsapevole. Natura, diritti e cambiamento climatico	Attilio Pisanò	86
Ecologización del Estado de Derecho: una ruptura con la perspectiva antropocéntrica del Derecho Ambiental	José Rubens Morato Leite Flávia França Dinnebier Paula Galbiatti Silveira	107
Subjetividad jurídica y naturaleza: lineamientos teóricos para un derecho a la interrelación	Rodrigo Miguez Núñez	129
Reflexiones sobre el problema de los Derechos Humanos Ambientales en el constitucionalismo contemporáneo latinoamericano: un acercamiento a través del concepto de agua como derecho y sus implicaciones en el marco internacional	Oscar Manuel Ariza Orozco Ricardo Andrés Cano Andrade	153
II. ESTRATEGIAS DE LITIGACIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA AMBIENTAL		
Litigación climática, ecocentrismo y derechos de la naturaleza: un análisis de la experiencia Sudamericana	María Valeria Berros Fernanda De Salles Cavedon-Capdeville Humberto Filpi	171
¿Litigar en favor de la naturaleza? Fundamentación teórica y argumentativa en materia de conflictos ambientales a partir de un caso colombiano	Cristian Rafael Arrieta Morales Riccardo Perona	191
Una concepción argumentativa de la mediación aplicada a los conflictos ambientales y sobre los recursos naturales	Nuria Beloso Martín	204
El razonamiento judicial de la Corte Constitucional en la titularidad de los derechos de la naturaleza como sujeto de derecho: El caso de la sentencia T-622 de 2016	Milton Pereira Blanco Yezid Carrillo de la Rosa Melisa Caro Benítez	222

III. EXPERIENCIAS PRÁCTICAS DE TUTELA DE LOS DERECHOS AMBIENTALES

Reconocimiento judicial de los derechos bioculturales en Colombia: fundamentos sociológicos de la relación entre naturaleza y comunidades étnicas	William Felipe Hurtado Quintero	245
La perizia antropologico-giuridica e l'<i>amicus curiae</i> nella giurisdizione «bio-interculturale»: il caso dei Sarayaku, kichwa amazzonici ecuadoriani	Federica Falancia	261
De la <i>wilderness</i> au <i>rewilding</i>: la protection de la nature sauvage entre revendications militantes radicales et politiques publiques en France et aux Etats-Unis (thématique n. 12)	Olivier Clerc	292
Agenda 2030 e moda "sostenibile": Gli strumenti offerti dal <i>fashion law</i>	Roberto Garetto	318

1. Antropocentrismo y subjetividad jurídica

129

Que el derecho sea una cuestión de seres humanos y que aparezca allí donde se reúnen en sociedad es un supuesto que acompaña el discurso jurídico desde la antigüedad¹. Ello, además, es una premisa fundacional de la tradición antropocéntrica y de la consiguiente narrativa en el campo de los derechos. Es por ende lógico que, a partir del antropocentrismo congénito de nuestra cultura, el estudioso del Derecho civil afirme que «el ordenamiento jurídico se configura como una disciplina de la libertad humana y no como un ordenamiento de los seres vivos en general y menos de

* Este artículo se ha desarrollado en el marco del proyecto Speak4Nature, ref. 101086202, del programa Horizon-MSCA-2021-SE-01, financiado por la Unión Europea. No obstante, las ideas y opiniones expresadas son exclusivas del autor y no necesariamente se corresponden con las de la Unión Europea. Ni la Unión Europea ni el programa MSCA se hacen responsables de las mismas.

** Profesor de derecho privado, Universidad del Piemonte Oriental. E-mail: rodrigo.miguez@uniupo.it.

1. Basta pensar en el brocardo hermojeniano «Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit» (D. 1.5.2) o en la afirmación homóloga de Justiniano «Nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorentur» (*Inst.* 1, 2).

la materia inanimada»², con el resultado que sea siempre «el hombre quien proyecta sobre los seres vivos y sobre la naturaleza en general “sus” valores de respeto a la vida en todas sus formas y al medio ambiente»³.

Esto además explica la centralidad del ser humano viviente como modelo antonomástico de subjetividad jurídica y el vínculo de ésta con la noción de capacidad⁴. De hecho, si el ordenamiento jurídico «sirve exclusivamente al hombre» y si «a él debemos referir todos los derechos»⁵, la técnica de la adjudicación de situaciones jurídicas «presupone necesariamente una persona portadora de derechos»⁶. De ahí que el sujeto, dotado de capacidad jurídica desde su nacimiento, sea reputado como el punto de referencia abstracto de normas y de ahí que su “universalidad” sea considerada como el elemento primordial y garante de la formulación de normas generales e indistintamente válidas⁷.

Es necesario añadir que la centralidad del individuo en el discurso jurídico (y la correlativa separación entre sujeto y objeto de derecho) debe mucho al desarrollo conceptual del derecho subjetivo teorizado a partir del binomio liber-

2. ANTONIO GAMBARO, *La proprietà*, en *Tratt. dir. priv. a cura di Iudica-Zatti*, 2ª ed., Milán, Giuffrè, 2017, p. 82.
3. ENZO BALOCCHI, *Animali (protezione degli)*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, II, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 1988, p. 1.
4. V. Angelo FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, en *Enciclopedia del diritto*, VI, Milán, Giuffrè, 1960, p. 14. En referencia al derecho del *common law*, es suficiente reenviar a ROSCOE POUND, *Jurisprudence. The End of Law*, St. Paul, Minn., West, 1949, p. 167.
5. George Friedrich PUCHTA, *Corso delle istituzioni*, II, Nápoles, Tip. all'insegna del Diogene, 1854 (ed. or. *Cursus der Institutionen*, II, Leipzig, Verlag von Breitkopf und Härtel, 1842, trad. it. de A. Turchiarulo), p. 6.
6. Emanuele GIANTURCO, *Sistema di diritto civile italiano, Parte generale*, 3ª ed., Nápoles, Luigi Pierrò Editore, 1909, p. 186.
7. Cfr. Guido GORLA, *Commento a Tocqueville. L'idea dei diritti*, Milán, Giuffrè, 1948, p. 35; Pietro RESCIGNO, *Soggetti e persona*, en Federica TESCIONE (a cura di), *Persona e soggetto. Il soggetto come fattispecie della persona. Atti del Convegno 7-8 ottobre 2008*, Nápoles, E.S.I., 2010, p. 23 ss. Como se suele señalar, la subjetividad jurídica refleja el principio de igualdad que se ha desarrollado a partir del constitucionalismo moderno como resultado de la superación de los estatus y de las discriminaciones por motivos políticos o culturales. (Cfr., para todos, Pasquale STANZIONE, *Il soggetto, II. Capacità, legittimazione, status*, en *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milán, Giuffrè, 2017, p. 3 ss.; Pietro COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, I, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 36 ss.). Baluartes de esta conquista son, por ejemplo, los artículos 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 22 de la Constitución italiana. Para profundizaciones sobre el tema reenvío a Alison KESBY, *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

tad-propiedad⁸. Ya en la primera formulación jurídica del término por parte de la escolástica española del siglo XVI, el dogma de la voluntad permite identificar en el *subiectum* aquel a quien le es debido el dominio sobre las cosas⁹. El pasaje es muy importante, pues a partir de este momento las elaboraciones teóricas sobre el derecho subjetivo pondrán de relieve su carácter esencialmente patrimonial, confirmando un presupuesto esencial de nuestra modernidad jurídica: el subjetivismo antropocéntrico ha permitido a la propiedad (entendida como proyección del “yo”) tomar el rol de paradigma de derecho subjetivo, dando inicio a una antropología centrada en el poder libre y absoluto de utilización de los recursos naturales y del gobierno de sí mismo como mero objeto¹⁰.

Es, con todo, cierto que en el nuevo clima cultural inaugurado por las constituciones de México (1917) y Weimar (1919), como por la doctrina social democrática de la primera parte del siglo XX, el paradigma antropológico ha cambiado¹¹. El “sujeto virtuoso” ha dejado de ser el propietario, cediendo espacio al “difuso”, al “social”, en sus diversas facetas, mientras que la titularidad (o momento apropiativo) sobre los bienes se relega a un segundo plano, pues es el objeto de derecho, dotado de valor en sí, el centro de atención en cuanto “destinado” a objetivos que van más allá de las facultades del titular. Otro tanto acontece con la noción unitaria, abstracta y transversal del sujeto de derecho: la permeabilidad del derecho civil a principios constitucionales basados en la materialización de la noción de igualdad, ha determinado el declino del sujeto, dando paso a su concretización (y fragmentación) en la noción de “persona”, cual «categoría ordenadora» del sistema jurídi-

8. Véase Michele PROSPERO, *Filosofia del diritto di proprietà*, vol. II, *Da Hegel a Kelsen*, Milán, FrancoAngeli, 2009.

9. Alejandro GUZMÁN BRITO, *Los orígenes de la noción de sujeto de derecho*, Bogotá, Temis, 2012, pp. 4-6.

10. Así, Francesco VIOLA, *Antropologia e diritti*, en *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, I, Nápoles, E.S.I., 2009, p. 541; Mariachiara TALLACCHINI, *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, Turín, Giappichelli, 1996, p. 178.

11. El punto es evidenciado por Maria Rosaria MARELLA, *Antropologia del soggetto di diritto. Note sulle trasformazioni di una categoria giuridica*, en Francesco BILOTTA, Fabio RAIMONDI (a cura di), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Nápoles, Jovene, 2020, p. 57 ss.

co¹². Pero si esta evolución ha sido capaz de alterar la subjetividad individual de matriz liberal, no ha condicionado la premisa antropocéntrica sobre la cual es forzoso en esta sede insistir: la persona humana, en calidad de sujeto de derecho por antonomasia, se sitúa en el centro del fenómeno jurídico, relegando a un plano inferior todo interés ajeno a su exclusivo bienestar¹³.

Creo que ninguna reflexión enmarca mejor este nudo problemático que aquella con la que René Demogue denunciaba el vicio original de la subjetividad:

«[o]n a pris le cas le plus simple qui s'est présenté à l'esprit: l'homme sujet de droit, et on a généralisé cette idée. Heureusement on a admis que tout homme avait cette qualité. Mais on a aussitôt limité cette théorie, en disant que l'homme vivant seul est sujet de droit»¹⁴.

2. Subjetivismo antropocéntrico y Derecho privado

El hecho que el ser humano viviente sea el punto de referencia necesario de toda construcción normativa contribuye a explicar dos fenómenos bien conocidos en el ámbito del Derecho civil: que el debate central sobre la subjetividad “no humana” se haya restringido al ámbito de las personas jurídicas (y, por lo tanto, a justificar o negar, mediante articuladas descripciones analíticas, la atribución de personalidad a las mismas) y que el papel desempeñado por la “persona” como referente conceptual para identificar otros sujetos jurídicos siga siendo hoy central.

Desde el primer punto de vista, es importante recordar que las llamadas “tesis negadoras” de los entes colectivos, desarrolladas desde las primeras elaboraciones teóricas del concepto de persona jurídica, excluyen que los entes puedan ser subjetivados y coinciden en que los verdaderos sujetos de derecho son sólo los seres humanos que se sir-

12. Giorgio OPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, «Rivista di diritto civile», 2002, p. 829 ss.; Stefano RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, «Filosofia politica», 2007, n. 21, p. 365 ss.; RESCIGNO, *Soggetti e persona*, cit.

13. Cfr., en relación al “humanismo jurídico” del derecho occidental, Tomasz PIETRZYKOWSKI, *Personhood Beyond Humanism. Animals, Chimeras, Autonomous Agents and the Law*, Cham, Springer, 2018, p. 25 ss.

14. René DEMOGUE, *La notion de sujet de droit, caractère et conséquences*, «Revue trimestrielle de droit civil», 1909, n. 3, p. 614.

ven de ellos¹⁵. Kelsen, autor de la crítica fundamental de las nociones de sujeto y persona, es la voz que más merece nuestra atención:

«Dado que las obligaciones y los derechos subjetivos sólo pueden tener por contenido conducta humana, el orden jurídico sólo puede imponer obligaciones o conceder derechos a seres humanos. Con la afirmación de que la asociación, como persona jurídica, es sujeto de obligaciones y derechos, se describen obligaciones y derechos que siempre son obligaciones y derechos de determinados hombres, en la medida justamente en que la conducta de esos hombres configura el contenido de los mismos, siendo interpretados, sin embargo, como obligaciones o derechos de la persona jurídica, refiriéndoselos a ella y atribuyéndoselos»¹⁶.

Si bien a través de un itinerario conceptual diverso, a una conclusión no distinta arriba Paolo Zatti al considerar que:

«si de la “escena jurídica” verbal [...] pasamos a la real [...] lo que llamamos “persona” en el derecho cae, pues no es más que un *prosopon*, una máscara que oculta al hombre: el hombre y sólo el hombre individual, es aquí el protagonista de los actos regulados, y en este sentido el único sujeto “real”»¹⁷.

133

Lo que parece destacarse en estas y otras reconstrucciones críticas relativas a la noción de la personalidad es la lucha contra la confusión del perfil jurídico/normativo y el biológico/psicológico¹⁸. Y se comprende así que, reducidas a

15. Massimo BASILE, Angelo FALZEA, *Persona giuridica (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milán, Giuffrè, 1983, p. 265 Véase, además, Giovanni L. PELLIZZI, *Soggettività giuridica*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIX, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1993, p. 2.

16. Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho*, México D.F., Universidad Autónoma de México, 1982, pp. 185-186. Véase, también, con especial atención al resurgimiento de las doctrinas negadoras de la persona jurídica en Italia, BASILE, FALZEA, *Persona giuridica (diritto privato)*, cit., p. 250 y 251 ss.; Francesco GALGANO, *Persona giuridica*, en *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XIII, Turín, Utet, 1995, p. 398 ss.; Massimo BASILE, *Le persone giuridiche*, en *Tratt. dir. priv. a cura di Iudica-Zatti*, Milán, Giuffrè, 2014, p. 178 ss. Por último, para un análisis más detallado del concepto de persona en Kelsen, véase Michele PROSPERO, *Il pensiero giuridico di Kelsen: normativismo e diritto privato*, «Studia Politica: Romanian Political Science Review», 2010, n. 10 (4), p. 718 ss.

17. Paolo ZATTI, *Persona giuridica*, en *Glossario*, en *Tratt. dir. priv. dir. a cura di Iudica-Zatti*, Milán, Giuffrè, 1994, p. 333.

18. Tema sobre el cual ya Emilio BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, reimpresión, Nápoles, E.S.I., 2002, p. 63.

una mera abreviación lingüística de una compleja relación jurídica entre individuos, «las normas dirigidas a las personas jurídicas serían fórmulas elípticas o indirectas para la designación de las personas humanas llamadas a adecuarse a ellas»¹⁹.

El segundo aludido fenómeno (“persona” cual referente conceptual para identificar otros sujetos jurídicos) revela de manera aún más clara el llamado “prejuicio antropocéntrico” ínsito a la subjetividad jurídica²⁰. Con esta expresión se hace referencia al continuo intento de hacer coincidir entidades no humanas con el concepto jurídico-naturalista de persona física para comprobar su grado de adecuación o correspondencia con ella²¹.

Para quien observa el fenómeno desde la historia del derecho, puede ser útil recordar las palabras con las que Riccardo Orestano explica la primera teoría sobre la existencia de sujetos distintos de la persona física:

«haber “degradado” la personalidad de entes distintos del hombre a una mera “ficción” sirvió a Savigny para reiterar el concepto de que todo el ordenamiento jurídico debía construirse en función del individuo y de sus derechos, porque era precisamente al individuo a quien se *asimilaban* mediante un procedimiento de “ficción” estas figuras que el derecho positivo podía utilizar a su arbitrio para fines particulares»²².

19. BASILE, FALZEA, *Persona giuridica (diritto privato)*, cit., p. 265. En este sentido también PELLIZZI, *Soggettività giuridica*, cit., p. 2; Gunther TEUBNER, *Ibridi ed atlanti. Attori collettivi ed anti non umani nella società e nel diritto*, Milán-Udine, Mimesis, 2015, p. 22; Michele GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, en Guido ALPA, et al., *Il diritto soggettivo*, en *Tratt. dir. civ. dir. da R. Sacco*, Turín, Utet, 2001, p. 99 ss.

20. Vittorio FROSINI, *Soggetto di diritto*, en *Novissimo digesto italiano*, XVII, Turín, Utet, 1970, p. 815.

21. Ngaire NAFFINE, *Laws Meaning of Life: Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*, Oxford-Portland, Hart, 2009. En este sentido son también las reflexiones más recientes de Bartosz BROŻEK, *The Troublesome ‘Person’*, en Visa A.J. KURKI, Tomasz PIETRZYKOWSKI (eds), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Basel-Cham, Springer, 2017, p. 3 ss.

22. Riccardo ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche: scienza del diritto e storia*, Boloña, il Mulino, 1978, p. 211-212 (cursiva añadida). Como bien se sabe, esta noción se acepta en los códigos anteriores a la unificación (v. art. 10 del Código para el Reino de las Dos Sicilias, art. 25 del Código Albertino), así como en el art. 2 del Código Pisanelli, que asimila todos los «organismos legalmente reconocidos» al único sujeto de derecho real, el individuo.

En efecto, como es bien sabido, cuando en derecho no existe un sujeto humano único e indivisible al cual atribuir una situación jurídica, el intérprete suele inventarlo mediante operaciones que demuestran su capacidad de «desnaturalizar el mundo jurídicamente»²³. Un ejemplo llamativo de este artificio fue el recurso de los tribunales estadounidenses a la *ship personification doctrine* del siglo XIX, es decir, la solución jurisprudencial que personifica a los “barcos” para sancionar (e indemnizar) las evasiones de responsabilidad en caso de violación de las leyes marítimas y de embargo²⁴.

Significativo, al respecto, es el siguiente pasaje de una de las más notables sentencias de la Corte Suprema:

«A ship is born when she is launched, and lives so long as her identity is preserved. Prior to her launching, she is a mere congeries of wood and iron – an ordinary piece of personal property – as distinctly a land structure as a house, and subject only to mechanics’ liens created by state law and enforceable in the state courts. In the *baptism* of launching, she receives her name, and from the moment her keel touches the water, she is transformed, and becomes a subject of admiralty jurisdiction. She acquires a *personality of her own*; becomes competent to contract, and is individually liable for her obligations, upon which she may sue in the name of her owner, and be sued in her own name. Her owner’s agents may not be her agents, and her agents may not be her owner’s agents»²⁵.

135

Gracias a esta excepcional operación antropomórfica, fue completamente “razonable” considerar un barco como «an offedding thing»²⁶, pudiendo ser objeto de detención, condena y confiscación como consecuencia del ilícito por “él” cometido.

23. Yan THOMAS, *Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, en ID., *Les opérations du droit*, París, Seuil, 2011, p. 155. Cfr., además, Douglas LIND, *The Pragmatic Value of Legal Fictions*, en Maksymilian DEL MAR, William TWINING (eds), *Legal Fictions in Theory and Practice*, Cham, Springer, 2015, p. 106; Alf ROSS, *Diritto e giustizia*, Turín, Einaudi, 1990 (ed. or. *On Law and justice*, Londres, Stevens, 1958, trad. it. de G. Gavazzi), p. 170-171.

24. Sobre lo cual, extensamente, Douglas LIND, *Pragmatism and Anthropomorphism: Reconciling the Doctrine of the Personality of the Ship*, «University of San Francisco Maritime Law Journal», 2009, n. 22, p. 39 ss.

25. *Tucker v. Alexandroff*, 183 U.S. 424 (1902), p. 183 U.S. 438 (cursiva añadida).

26. Oliver Wendell HOLMES, Jr., *The Common Law*, Nueva York, Dover, [1881] 1991, p. 30.

Obviamente, el fenómeno de la antropomorfización no se limita a los barcos, ni a la subjetividad “negativa”, entendida en términos de deberes²⁷. Se considere el tema de las sociedades comerciales: si a finales del siglo XIX el célebre juez Oliver Wendell Holmes, jr. podía afirmar que «[un] barco es la más viva de las cosas inanimadas»²⁸, hoy son las grandes sociedades las que adquieren “vida” en virtud de la atribución, operada magistralmente por la Corte Suprema estadounidense, de derechos personales como la libertad de expresión (*Citizens United v. Federal Election Commission*²⁹) o de religión (*Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*³⁰). La conquista es admirable desde el punto de vista estratégico: a través de un ingenioso *corporate rights movement*, de los derechos personalísimos conquistados con esfuerzo por nuestros antepasados las grandes sociedades comerciales obtienen hoy beneficio a expensas de los derechos de las personas físicas para las cuales fueron en origen concebidos³¹. Lo “real” es invadido por la ficción: en el nuevo milenio las sociedades ocupan un lugar siempre más paritario al de las personas de carne y hueso³², sentándose una ulterior base para la concentración de la riqueza y la dominación global del capital³³.

Hoy éstas y otras fronteras de la “persona” (se piense en la humanización de los animales y de la inteligencia artificial cognitiva) confirman que ella es un “espacio vacío” que puede ser llenado por cualquier entidad a la que una comunidad decida asignar la titularidad de situaciones subjetivas.

27. Como además ocurrió en los extravagantes procesos contra los animales desde el bajo medioevo hasta períodos recientes. Para más información v. Rodrigo MÍGUEZ NÚÑEZ, *Le avventure del soggetto. Contributo teorico-comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica*, Milán-Údine, Mimesis, 2018, pp. 89-90.

28. HOLMES, *The Common Law*, cit., p. 26.

29. 130 S. Ct. 876 (2010).

30. 134 S. Ct. 2751, 2785 (2014).

31. El fenómeno es destacado por Cameron LA FOLLETTE, Chris MASER, *Sustainability and the Rights of Nature. An introduction*, Boca Raton-Londres-Nueva York, CRC Press, 2017, p. 146 ss.

32. Véase Adam WINKLER, *We the Corporations. How Americans Businesses Won Their Civil Rights*, Nueva York-Londres, Liveright, 2018.

33. V. el examen crítico de Katharina PISTOR, *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2019, p. 65. V. además Ugo MATTEI, Alessandra QUARTA, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Sansepolcro, Aboca, 2018 (ed. or. *The Turning Point of Private Law. Ecology, Technology and the Commons*, Cheltenham - Northampton Edward Elgar, 2018, trad. it. de I. Mattei), p. 100 ss.

No cabe pues duda que el recurso a la “personificación”, representa un ejemplar conductor de nuestra innata tendencia a antropomorfizar.

3. El no sujeto de derecho

La historia de la atribución y privación de derechos enseña que la condición jurídica de la “no subjetividad” no es estática, ya que forma parte de un proceso evolutivo que tiende, por naturaleza, a un movimiento ascendente. Esta consideración explica la existencia de un derecho irreductible del “no sujeto” a convertirse, precisamente, en “sujeto”³⁴.

Para delinear esta evolución no sólo es necesario pensar en las grandes batallas políticas y sociales libradas por cada generación para ampliar el propio patrimonio de derechos. También las necesidades de la vida cotidiana atestiguan que la subjetividad (así como las categorías jurídicas en general) se ha adaptado continuamente a las circunstancias históricas y a las necesidades prácticas de cada contexto. Así, un objetivo político o social, una práctica cultural ha tomado forma a través de la elección de subjetivar o no.

No es ésta la sede idónea para explicar por qué la subjetividad jurídica, como abstracción intelectual construida por nuestra cultura, nunca ha sido terreno exclusivo de la persona física, pudiendo encontrarse en un abanico sorprendentemente amplio de hipótesis³⁵. Cabe más bien destacar cómo un objetivo político, nutrido de variados factores sociales, a menudo se concretiza mediante la graduación o cancelación total de la subjetividad. La historia de hecho muestra que la universalización de las características de los grupos dominantes crea sujetos “virtuosos” o “fuertes”, en detrimento de los “excluidos” o “débiles”³⁶. Los ejemplos son evidentes y abundantes: los *fili familia* o el esclavo en la antigua Roma, el “bárbaro indígena” o el muerto civil, fueron privados total o parcialmente de la titularidad de

34. Jean CARBONNIER, *Sur les traces du non-sujet de droit*, «Archives de philosophie du droit», 1984, n. 34, 1989, pp. 204-205.

35. MÍGUEZ NÚÑEZ, *Le avventure del soggetto*, cit, p. 87 ss.; Visa A.J. KURKI, *A Theory of Legal Personhood*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 127 ss.

36. Sobre este tema, v. el reciente estudio de Maria Giulia BERNARDINI, *Soggetti forti vs. soggetti deboli? Sulla persistente (in)attualità di una fortunata distinzione concettuale*, en BILOTTA, RAIMONDI, *Il soggetto di diritto*, cit., p. 145 ss.

derechos. Lo mismo ocurrió con los judíos, degradados a la calidad de propiedad del Rey por la legislación inglesa del s. XIII³⁷. Tampoco debe olvidarse que el oscuro período de la legislación racial italiana determinó la entrada en vigor del artículo 1, inciso 3 del Código Civil (en su texto del 1939)³⁸, con la consecuencia de que la capacidad jurídica, adquirida en el momento del nacimiento, podía verse limitada en virtud de la pertenencia a ciertas “razas”. En España, por su parte, el art. 29 del Código Civil (en su versión vigente hasta 2011³⁹) negaba la subjetividad a un tipo – foucaultiano – de “anormal”: el feto que no presentare forma humana y no viviere más de veinticuatro horas fuera del útero materno era considerado como no nacido y, por ende, no persona. Mientras que en Argentina y Chile, una triste ficción considera “muertas” por “desaparición forzada” a las personas detenidas, secuestradas o privadas de libertad durante el período de dictadura cuyo destino aún se desconoce⁴⁰. Asimismo, en contextos de pluralismo jurídico una ley que favorece el estatuto de los campesinos puede socavar la subjetividad reconocida a las comunidades indígenas⁴¹, haciendo evidente el fenómeno de los *sujets rivaux*⁴². Por último, debe notarse que los ejemplos de exclusión o de graduación de la subjetividad, se multiplican si el discurso se vincula al tema de los “estatus” (libres, siervos, hombres, mujeres, padres, hijos, eclesiásticos, nobles, emigrantes, ancianos, etc.), vehículo de opresión que ha conferido «relevancia jurídica a diferencias fácticas que, en la escala de valores, deberían ser pasadas por alto, o ni siquiera señaladas, por el jurista y

37. R.A. RUTLEDGE, *The Legal Status of the Jews in England 1190-1790*, «The Journal of Legal History», 1982, n. 3, p. 94.

38. Se trata del libro I, aprobado por el Real Decreto n. 1852 del 12/12/1938. Nótese que el inciso en cuestión fue derogado por el Real Decreto n. 25 del 20/01/1944.

39. Reforma introducida por la Ley 20/2011, 21/07/2011.

40. Véase la ley argentina n. 24.321 del 08/06/1994; para Chile véase la l. n. 20.377 del 10/09/2009.

41. Armando GUEVARA-GIL, AARON VERONA-BADAJÓZ, *Si no hay sujeto, no hay derecho. La negación de la historicidad del sujeto indígena y la consulta previa en el Perú*, «forum historiae iuris», 2018. Disponible on-line en <https://forhistiur.net/landingpage/227/>.

42. Yan THOMAS, *Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit*, «Le Débat», 1998, n. 100, p. 92.

mucho menos ser asumidas como dato incontrovertible, y por tanto codificado por el legislador»⁴³.

Voy ahora al punto que interesa aquí destacar. Ampliar o reducir el círculo de titulares de derechos, o la misma definición de persona, no es una operación neutra, sino en gran medida una cuestión de “aculturación”⁴⁴. Son de hecho los valores sociales que un ordenamiento jurídico considera protegibles el motor que determina los cambios que la subjetividad reverbera. Ocurre entonces que, a través de la artificialidad del sujeto, las personas, diversamente concebidas, ganan o pierden definición, convirtiéndose en víctimas de prejuicios o herederas de privilegios. Un fiel reflejo de este resultado es la aventura intelectual del derecho capitalista burgués, guardián del sujeto entendido como *homo oeconomicus*, así como de los inagotables dispositivos de exclusión (de los no propietarios, de los no varones, de los analfabetos, de los hijos ilegítimos, de los discapacitados, etc.) que han puesto de manifiesto la contradicción entre la igualdad formal y la desigualdad sustancial, desplazando el problema de los derechos del plano de la justificación al de su efectiva tutela⁴⁵.

139

En conclusión, puede decirse que, al definir los contornos artificiales de la subjetividad, el derecho es siempre vehículo de discriminación entre los seres humanos.

4. Sujeto y voluntad

Lo que acabo de decir se confirma si se razona, desde la perspectiva del derecho civil, sobre uno de los debates más relevantes de la ética y la filosofía política: el fundamento o, si se quiere, la justificación de los derechos.

Preguntémos: ¿Cuál es el criterio adecuado para asignar la subjetividad? ¿En base a qué parámetro ontológico se legitiman nuevos “actores” en el campo jurídico?

43. Guido ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, Laterza, 1993, p. 175.

44. Laurence H. TRIBE, *Ten Lessons Our Constitutional Experience Can Teach Us About the Puzzle of Animal Rights: The Work of Steven M. Wise*, «Animal Law Review», 2001, n. 7, p. 3.

45. Norberto BOBBIO, *La età dei diritti*, Turín, Einaudi, [1990] 2014, p. 16. Con razón afirma Rodotà que «la identificación de una categoría de “no-sujetos” puede tener efectos excluyentes aún más radicales que los de la calificación de “no-persona”, ya que se sustrae a cualquier criterio “objetivo” de control». Cfr. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, cit., p. 366.

En el apogeo de la era de la codificación y bajo la influencia del sujeto kantiano, del “yo” pensante «cuyas acciones son susceptibles de imputación»⁴⁶, el estudioso del derecho civil podía responder a coro: el fenómeno abstracto de la voluntad humana es elemento fundante de la subjetividad. Naturalmente, para esta solución, la capacidad de ejercicio era considerada el «rasgo constitutivo» de la misma capacidad⁴⁷. Por tal motivo – escribe Gorla – aquel genérico poder de la voluntad (el derecho subjetivo) «se confunde con el concepto de personalidad» y se entiende como «personalidad práctica, respecto al momento de la voluntad o de la acción»⁴⁸. Panegírico de este sujeto, de la persona vestida de ser pensante y agente al que pertenecen los derechos subjetivos, es el § 16 del *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*: «Todo hombre tiene derechos innatos que son conocidos por la sola razón, por lo tanto, debe ser considerado como una persona»⁴⁹.

El efecto excluyente que podía derivar de este enfoque dogmático no puede ser aquí obviado: si «el estado concebido desde el punto de vista de las revelaciones de su voluntad, de sus voliciones»⁵⁰ configura la noción de sujeto de derecho, y si es por tanto la «capacidad activa» la que determina la pertenencia a una comunidad moral compuesta por agentes capaces de derechos y deberes recíprocos, los no nacidos, los menores, los interdictos, las personas en

46. Immanuel KANT, *Primi principii metafisici della dottrina del diritto*, a cura di F. Gonnelli, Roma-Bari, Laterza, 2005 (ed. or. *Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, Königsberg, Nicolovius, 1798, trad. it. de F. Gonnelli), p. 39.

47. FROSINI, *Soggetto di diritto*, cit., p. 814; Paolo ZATTI, *Oltre la capacità*, en Id., *Maschere del diritto volti della vita*, Milán, Giuffrè, 2009, p. 115-116. Sería incluso banal mencionar la influencia del sujeto kantiano en las construcciones teóricas de Friedrich Karl von Savigny y Bernhard Windscheid. Se tenga sólo presente que, por el mismo influjo, el enfoque voluntarista está también presente en la literatura angloamericana de principios del siglo XX. Véase, por ejemplo, John William SALMOND, *Jurisprudence*, Londres, Stevens & Haynes, 1902, p. 334; John Chipman GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, Nueva York, Columbia University Press, 1909, p. 27. Subraya esta correlación la reciente elaboración de KURKI, *A Theory of Legal Personhood*, cit., 39 ss.

48. GORLA, *Commento a Tocqueville*, cit., p. 9.

49. Sobre este tema véase ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, cit., p. 204; Massimo LA TORRE, *Le disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milán, Giuffrè, 1996, p. 61.

50. Alexandre GOROVTSSEFF, *La lutte autour de la notion de sujet de droit. Exposé critique des doctrines générales actuelles sur le sujet de droit*, «Revue trimestrielle de droit civil», 1926, p. 883.

estado vegetativo, los difuntos, las generaciones futuras y los animales (seres considerados incapaces de pensamiento racional y de decisión) son considerados agentes pasivos, es decir, sujetos “por extensión” y no “por esencia”⁵¹, cuando no meros «objetos» de caridad de “agentes morales”⁵².

En estos términos, la subjetividad no sólo conduce a discriminación entre los hombres, sino que actúa también como instrumento de marginación y cosificación de los seres vivos no humanos, en cuanto elementos pasivos (*rectius: res extensa*) sobre el cual el *dominus* ejerce en modo pleno su poder y voluntad⁵³.

5. Sujeto e interés

En rechazo a la correlación entre sujeto de derecho y persona abstracta y a las “extravagancias libertarias” que la teoría de la voluntad pudo conceder, dos pasajes teóricos esenciales se han afirmado en el pensamiento jurídico contemporáneo: la fragmentación del sujeto y los desarrollos de la teoría del interés.

El primer perfil – que asoma como síntoma del fenómeno de constitucionalización del derecho civil iniciado en Europa en los años sesenta – obtiene hoy el carácter de dogma: la necesidad de aplicar los principios constitucionales para proteger la persona humana como «valor de valores, en la cúspide de la jerarquía⁵⁴» permite el florecimiento de los institutos de protección (del anciano, del niño, del discapacitado, del consumidor, del cuerpo humano, de las minorías étnicas, etc.) que yacían ocultos bajo el imperio

51. Así, ZATTI, *Oltre la capacità*, cit., p. 115-116.

52. Laura PALAZZANI, *Person and Human Being in Bioethics and Biolaw*, en KURKI, PIETRZYKOWSKI (eds), *Legal Personhood*, cit., p. 107-108. Para un resumen de la evolución de la teoría de la voluntad en autores como Herbert Hart, Hans Kelsen, Carl Wellman e Hillel Steiner, cfr. Leif WENAR, *Rights*, en Edward N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2020. Disponible *on-line* en <https://plato.stanford.edu/entries/rights>.

53. Sobre este punto, para un primer encuadre crítico, véase María Rosarí MARELLA, *Note critiche in tema di soggettività giuridica e diversità*, «Política del diritto», 1998, n. 4, p. 596 ss.; Rodrigo MÍGUEZ NÚÑEZ, *La vocación jurídica de una encíclica ecológica: apuntes civilísticos a propósito de la laudato si'*, en Carlos CÉSPEDES MUÑOZ (ed.), *Estudios jurídicos en homenaje a los 40 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, Santiago, Thompson Reuters, 2017, p. 211 ss.

54. Pietro PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Nápoles, E.S.I., 1972, p. 27.

de la figura impersonal, abstracta y unitaria del sujeto de derecho⁵⁵.

El segundo pasaje merece en esta sede más atención. Debemos a Léon Michoud (1855-1916) la idea según la cual el sujeto de derecho se compone de un interés propio y de un órgano capaz realizarlo⁵⁶, mientras que gracias a René Demogue (1872-1938) la categoría pierde definitivamente su unidad, estructurándose en la distinción entre el *sujet de jouissance* (“el agente” o “el representante”, es decir, la persona racional viva, considerada individualmente o en grupo) y el *sujet de disposition* («toda entidad con un interés protegido por el derecho»)⁵⁷. Ambas propuestas dan continuidad a la revolución emprendida por Jhering para superar el individualismo liberal ínsito en la teoría de la voluntad⁵⁸, y ambas propuestas dialogan con las tesis (Bentham, Raz, Feinberg, Kramer) que confieren titularidad de situaciones jurídicas a quienes poseen un interés (o son beneficiarios de un deber) susceptible de ser representado⁵⁹.

Todo esto es suficiente para corroborar que la autonomía y la reciprocidad ya no son los hitos que determinan la razón y esencia de los derechos, sino la necesidad de proteger intereses considerados fundamentales⁶⁰. Y dado que en este nuevo marco conceptual «nada impide que la ley reconozca como interés protegido por un derecho sub-

55. Véase, para todos, STANZIONE, *Il soggetto*, cit., p. 74 ss., así como *supra* n. 12.

56. Léon MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, París, LGDJ, 1906.

57. René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, París, A. Rousseau, 1911, p. 345, 369-370, 376.

58. En tema remito a la cuidadosa reconstrucción de Luis LLOREDO ALIX, *Rudolf Von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012, p. 343 ss. Es necesario también recordar la influencia de Ernst Immanuel BEKKER (*Zur Lehre vom Rechtssubjekt*, «Jahrbuch für die Dogmatik», 1873, n. XII, p. 731 ss.) en la construcción conceptual de Michoud, Demogue (como también de Saleilles). De hecho, es Bekker quien por primera vez propone la distribución de las diferentes funciones de un derecho (titularidad y ejercicio) en manos de diferentes sujetos. De ello hay constancia en Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 171.

59. En tema, para el derecho anglosajón, es didáctico Tom CAMPBELL, *Rights: A Critical Introduction*, Londres-Nueva York, Routledge, 2006, p. 43 ss. Para una revisión actualizada de la teoría del interés a propósito de la subjetividad, véase KURKI, *A Theory of Legal Personhood*, cit., p. 62 ss. Véase además MÍGUEZ NÚÑEZ, *Le avventure del soggetto*, cit., p. 102 ss.

60. Attilio PISANÒ, *Generazioni future (Parte giuridica)*, en *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, VI, Nápoles, E.S.I., 2013, pp. 528-529.

jetivo algo distinto de un interés humano»⁶¹, es fácil prever que la teoría del interés deja abierto el abanico de entidades que pueden contenerse en los ya elásticos límites de la subjetividad⁶².

He aquí, pues, la consecuencia que se obtiene de la tesis examinada: la subjetividad representa una síntesis de efectos jurídicos atribuidos a posiciones jurídicas variables, consideradas dignas de protección con independencia del elemento corpóreo o de la referencia (antropomórfica) al individuo de la especie humana⁶³. De esta forma, la existencia de sujetos (*de jouissance* o, utilizando la idea conceptual de MacCormick, dotados de *pure passive capacity*)⁶⁴ distintos del ser humano viviente se explica por la utilidad o finalidad del derecho, es decir, por el interés jurídicamente protegido contenido en la facultad de goce o posición de ventaja.

Se va así delineando el resultado más trascendente de este pasaje: si para identificar el «sujeto efectivo y sustancial de la norma, debemos mirar al portador del interés en favor del cual se mueve el derecho y no a quien es llamado a actuar para la realización de tal interés»⁶⁵, se socava el papel decisivo de la voluntad como criterio definitorio de la subjetividad, la cual cobra relevancia «tout au plus, pour la mise en œuvre du droit»⁶⁶. En consecuencia, el protagonista fundamental de la norma ya no es quien adopta la conducta por ella prescrita (“sujeto de la acción”) sino aquel en virtud del cual la misma existe (“sujeto del interés”), pues en él se reúnen las premisas necesarias (la utilidad del derecho” o incluso la “capacidad capaz de sufrir”⁶⁷) idóneas para participar del universo de la “titularidad de goce”.

61. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., p. 172.

62. Así Matthew H. KRAMER, *Getting Rights Right*, en ID. (ed.), *Rights, Wrongs and Responsibilities*, Londres-Nueva York, Palgrave, 2001, pp. 90-91.

63. V., para todos, Cosimo Marco MAZZONI, *La persona fisica*, en *Tratt. dir. priv. a cura di Iudica-Zatti*, Milán, Giuffrè, 2016, pp. 5-6.

64. Neil MACCORMICK, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 77.

65. BASILE, *FALZEA Persona giuridica (diritto privato)*, cit., p. 265.

66. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, cit., p. 325.

67. *Ivi*, p. 331-332. En este sentido Carbonnier añadirá que «[I]es personnes, au sens juridique du terme, sont les êtres capables de jouir de droits; ce sont, d'une expression équivalente, les sujets de droit». Jean CARBONNIER, *Droit civil, 1 Les personnes*, París, Puf, 2000, p. 11.

En 1938, en pleno auge de las formulaciones positivistas y analíticas de la subjetividad, una nota del comparatista húngaro Alexander Nékám es útil para reforzar el paso hacia la disociación definitiva del sujeto de cualquier sustrato volitivo: «[t]he only circumstance which makes a subject of rights of something is the fact that it is looked upon by the community as a unit having interests which need and deserve social protection»⁶⁸. Con Nékám podemos comprender cómo la extensión de la subjetividad queda condicionada a la positivización de los juicios morales de los grupos sociales que actúan en representación de un “interés juridificado”. Y es con este arsenal teórico que la extensión de la subjetividad permite hoy proponer soluciones para proteger entidades “inciertas”, “incómodas” o “intermedias” frente a la división persona/cosa: es el caso de los no nacidos, de los difuntos, de las generaciones futuras, de los animales y de las porciones del mundo natural⁶⁹.

6. Naturaleza no humana, intereses y derechos

La técnica del derecho civil afronta a menudo el tema del interés cuando individua una entidad que debe ser protegida⁷⁰ y la subjetividad suele expandirse cuando las sociedades comprenden tal necesidad. La discusión contemporánea sobre la protección de un interés autónomo en el embrión, en los animales “seres sintientes”, o en figuras indefinidas como el condominio, las quimeras o las generaciones futuras dan prueba de ello⁷¹.

68. Alexander NÉKÁM, *The Personality Conception of the Legal Entity*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1938, p. 29.

69. Véase PIETRZYKOWSKI, *Personhood Beyond Humanism*, cit., p. 16 y 45 ss, como además la solución ecléctica entre “personas y cosas” sugerida por Gérard FARJAT, *Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts (prolégomènes pour une recherche)*, «Revue trimestrielle de droit civil», 2002, n. 2, p. 221 ss. Para una aplicación teórica de las premisas avanzadas por Demogue reenvío a las referencias bibliográficas consignadas en MÍGUEZ NÚÑEZ, *Le avventure del soggetto*, cit., p. 102 y a las más recientes consideraciones acerca de las alternativas conceptuales a la división persona/cosa en Rodrigo MÍGUEZ NÚÑEZ, *Né persone né cose. Lineamenti decostruttivi per un rinnovamento concettuale della summa divisio*, «Rivista critica del diritto privato», 2021, n. 3, p. 359 ss.

70. Ejemplar en este tema es la revisión crítica de Nicolò LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milán, Giuffrè, 2015, p. 78 ss.

71. Véanse, por ejemplo, las reflexiones de Giovanni MARTINI, *La configurabilità della soggettività animale: un possibile esito del processo di “giuridificazione” dell’interesse alla loro protezione*, «Rivista critica del diritto privato», 2017, n. 1, p. 135; Antonio SCARPA, *La natura*

Sin pretender profundizar en los matices de estos debates, es importante señalar que las decisiones (teóricas y operativas) actuales relativas a la expansión de la subjetividad ya no están vinculadas a la sola necesidad de proteger los intereses patrimoniales (más o menos altruistas) de la entidad subjetivizada o de las personas físicas subyacentes, sino que miran a dar respuesta a las crecientes demandas de solidaridad y de “eco-democracia”⁷². En Italia, por ejemplificar, es este el espíritu que anima la introducción de nuevos sujetos en el Código del Tercer Sector (Decreto Legislativo n° 117 de 2017), herramienta de incentivo y protección de la iniciativa autónoma de los ciudadanos para realizar actividades de interés general en aplicación del principio de la subsidiariedad horizontal. Símil impulso fomenta la proliferación de instancias legislativas y jurisprudenciales que en el derecho comparado reconocen subjetividad a la naturaleza, a sus componentes individuales o a las generaciones futuras. Tomemos como ejemplo la ordenanza adoptada en 2010 por el Ayuntamiento de la ciudad de Pittsburgh que, basándose en los «derechos inalienables y fundamentales a existir y florecer» de las comunidades naturales y de los ecosistemas, prohíbe a las empresas la actividad de fracturación hidráulica⁷³. O se piense en el intento de la Corte Constitucional colombiana de acabar con el uso intensivo y

giuridica, en Alberto CELESTE, Antonio SCARPA, *Il condominio negli edifici*, Milán, Giuffrè, 2017, p. 15 ss.; Michael William MONTEROSSO, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, Pisa, Edizioni ETS, 2020, p. 185 ss. De manera más general, podrán también consultarse las consideraciones teóricas de PIETRZYKOWSKI, *Personhood Beyond Humanism*, cit. y de KURKI, *A Theory of Legal Personhood*, cit.

72. Para una aplicación, a la luz de la subjetividad de la naturaleza no humana, véase Joe GRAY, Patrick CURRY, *Ecodemocracy and Political Representation for Non-human Nature*, en Helen KOPNINA, Haydn WASHINGTON (eds), *Conservation. Integrating Social and Ecological Justice*, Cham, Springer, 2020, p. 155 ss.

73. Práctica que consiste en inyectar agua y otros productos químicos a alta presión en el subsuelo para forzar la apertura de las grietas existentes con el fin de extraer petróleo y gas de los yacimientos de esquisto. La ordenanza en cuestión se ha convertido en modelo para muchos municipios y en fuente de disputas en razón del contraste entre el derecho de los ciudadanos a defender su territorio y el de las empresas a realizar actividades de extracción económica constitucionalmente garantizadas. Paradigmático, en este sentido, es el caso *Pennsylvania General Energy Company, L.L.C. v. Grant Township*, C.A. No. 14-209, 2015 U.S. Dist. LEXIS 139921 (W.D. Pa. 14 de octubre de 2015). Puede sin embargo decirse que en este tipo de contenciosos es también implícito un fenómeno típico del derecho de exclusión de propietarios individuales o colectivos que se expresa en la recurrente frase *not in my backyard*. Con ella se connota la resistencia de individuos o comunidades a aceptar la construcción de proyectos a gran escala por parte de empresas

a gran escala de los métodos de minería y tala mediante el reconocimiento del 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»⁷⁴. Sucede así que iniciativas dirigidas a enfrentar la extensión del capitalismo extractivo o del ejercicio irracional e irresponsable de los derechos de propiedad sobre recursos naturales se concretizan en formas de “juridificación del viviente” poniendo en el mismo nivel de protección el derecho fundamental de las comunidades locales y el del equilibrio natural de los territorios en que ellas viven⁷⁵.

Ahora bien, dentro del fértil abanico teórico que nutre esta tendencia⁷⁶ es necesario reflexionar sobre su resultado más evidente: el derecho a la interrelación entre el viviente humano y no humano se pone en acto. Si las ciencias ambientales y comportamentales han dado voz a la naturaleza, la técnica del derecho responde al diálogo “representándola” e “instituyéndola” como “ser social”⁷⁷. Este punto es esencial no sólo porque representa una instancia formal de solidaridad entre generaciones y especies, sino también porque presupone que toda forma de vida (y de tutela jurídica) se vincula a una común exigencia de sostenibilidad o bien, en el lenguaje de Amartya Sen, a la necesidad de

o entidades gubernamentales en las cercanías, en razón del potencial efecto negativo en la calidad de vida y en el valor de la propiedad.

74. Sentencia T-622, 10/11/2016.

75. Sobre este tema, hoy es imposible no mencionar el enfoque holístico de la conservación (propio del concepto emergente de los derechos bioculturales) que tiene en cuenta la profunda relación entre la diversidad biológica y cultural. Razona sobre el punto, desde diferentes perspectivas, Giulia SAJEVA, *When Rights Embrace Responsibilities: Biocultural Rights and the Conservation of Environment*, New Delhi, Oxford University Press, 2018, capítulos 4 y 5.

76. Dignidad, sensibilidad, capacidad de comunicación, interés por el florecimiento de la comunidad biótica, entre otros. V. PIETRZYKOWSKI, *Personhood Beyond Humanism*, cit.; KURKI, *A Theory of Legal Personhood*, cit.; Mathieu TOUZEIL-DIVINA, *L'arbre, l'homme & le(s) droit(s)*, «Revue méditerranéenne de droit public», 2019, n. X, p. 13 ss.; Giuseppe DE MARZO, *Per amore della terra. Libertà, giustizia e sostenibilità ecologica*, Roma, Castelvecchi, 2017, p. 117 ss.; Cosimo Marco MAZZONI, *Quale dignità. Il lungo viaggio di un'idea*, Firenze, Olschki, 2019, p. 113 ss.

77. Sobre este tema pueden consultarse las pioneras reflexiones de Marie-Angèle HERMITTE, Bernard EDELMAN, *L'homme, la nature et le droit*, París, Burgois, 1988. Insisten sobre el punto Judith ROCHFELD, *Justice pour le climat! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, París, Odile Jacob, 2019, p. 163 y la misma Marie-Angèle HERMITTE, *Laissons les arbres planter du droit!*, «Revue méditerranéenne de droit public», 2019, n. X, p. 67 ss.

justicia entendida como capacidad de sostenibilidad ecológica⁷⁸. Desde esta perspectiva, es posible sostener que no es tanto la naturaleza en cuanto tal lo que resulta protegido, sino que la relación activa de un colectivo humano y no humano puesta es un ambiente común⁷⁹. Y pueden de esta forma encontrar cobijo las teorías que esbozan un replanteamiento de la relación entre el ser humano y la naturaleza dirigidas a incorporar los múltiples valores (solidaridad, democracia, dignidad, igualdad, autodeterminación, sostenibilidad) que permiten el desarrollo de las capacidades de los miembros, así como el “florecimiento” de cada componente individual de la comunidad biótica⁸⁰.

7. Interrelación y derecho civil

Midamos la magnitud de la “interrelación” discurriendo sobre algunos acontecimientos vinculados al derecho civil.

En primer lugar, cabe señalar que la nueva conciencia relacionada a la interdependencia de los elementos del mundo natural se asocia a la importancia que asume el bien “suelo” como fuente de “servicios ecosistémicos”, es decir, de «aquellas funciones que realiza un recurso natural a favor de otros recursos naturales y/o del público»⁸¹. El motor que impulsa esta idea es la interdependencia mutua entre comunidades de seres humanos y no humanos, esto es, pensar el suelo como un “organismo complejo”, perteneciente a un sistema integrado del que depende la supervivencia de todas las formas de vida. De ahí la aparición de

147

78. Debe además notarse que este pasaje permite consumir un principio esencial de la doctrina de la *Earth jurisprudence*, osea, la construcción de una civilización basada en principios ecológicos de sostenibilidad y colaboración con el mundo natural. En tema, v. el informe de los expertos sobre *Harmony with Nature*, dedicado a la *Earth Jurisprudence* (Asamblea General de las Naciones Unidas, A/71/266). Disponible *on-line* en <http://www.harmonywithnatureun.org/>.

79. Así, Marie-Pierre CAMPROUX DUFFRENE, *Réflexion critique sur l'attribution de droits aux écosystèmes. Pour une approche par les communs*, en Jean-PIERRE MARGUÉNAUD, Claire Vial (dir.), *Droits des êtres humains et droits des autres entités: une nouvelle frontière?*, Paris, mare & martin, 2021, p. 165.

80. Así, respecto a la lectura eco-solidaria de la propiedad de la tierra, Gregory S. ALEXANDER, *Property and Human Flourishing*, Nueva York, Oxford University Press, 2018; Joseph William SINGER, *Property as the Law of Democracy*, «Duke Law Journal», 2014, n. 63, p. 1287 ss.

81. Es la definición italiana contenida en el art. 302, inc. 11, del Decreto Legislativo 152 del 2006 (Código del ambiente).

la noción “biológica” del bien suelo que, apoyándose en las nociones de “cubierta pedológica” y “pedosfera”, sienta las bases de su encuadramiento como un compuesto orgánico resultante de reacciones e interacciones que determinan su carácter y composición. El efecto de estas consideraciones en la técnica de la propiedad es colosal: el suelo deja de ser considerado un mero bien inerte, dotado de un valor instrumental vasallo de las exclusivas facultades del *dominus*, para abrazar un dimensión relacional e interpersonal⁸² que identifica en la tierra el punto de incidencia de las aspiraciones y de las relaciones del “viviente”. De bien inerte y exclusivo el suelo se transforma en bien viviente e inter-relacional, impregnándose de una titularidad múltiple, a veces convergente, a veces rival. Asimismo, desde un punto de vista operativo, es con estos tintes que puede comprenderse la progresiva calificación del suelo como “bien común”⁸³ o su conceptualización como “bien multifuncional” operada en Italia por la legislación regional sobre el consumo del suelo y en diversas sentencias de la Corte Constitucional⁸⁴.

A nivel europeo, es menester recordar que la disciplina de protección del medio ambiente, establecida por las Directivas 92/43/CEE (Directiva Hábitat) y 79/409/CEE (relativa a la conservación de las aves silvestres) y difundida mediante el establecimiento de las Zonas Especiales de Conservación (ZEC) y de Especial Protección (ZPE), también plantea la cuestión de la coexistencia de seres humanos y no humanos en un mismo territorio, reiterando la necesidad de integrar las medidas gubernamentales de tutela medioambiental con iniciativas de derecho privado que tengan en cuenta las necesidades ecológicas de los hábitats. A este fin, puede des-

82. Es este el enfoque que impregna hoy la noción de los servicios ecosistémicos. Cfr. Eduardo S. BRONDIKIO *et al.* (eds), *IPBES (2019): Global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*, Bonn, IPBES secretariat. Disponible *on-line* en: <https://doi.org/10.5281/zenodo.3831673>

83. La Ley Regional de Lombardía, 28 de noviembre de 2014, n. 31 (*Disposizioni per la riduzione del consumo di suolo e per la riqualificazione del suolo degradato*) califica el suelo «bien común de importancia fundamental para el equilibrio medioambiental, la protección de la salud, la producción agrícola destinada a la alimentación humana y/o animal, la protección de los ecosistemas naturales y la defensa contra la inestabilidad hidrogeológica».

84. Wladimiro GASPARRI, *Consumo di suolo e sviluppo sostenibile nella destinazione agricola dei suoli*, «Diritto pubblico», 2020, n. 2, p. 430 y 459.

tacarse la utilidad de institutos que potencian el principio de la conservación privada de la tierra y de la conectividad de los ecosistemas como la *charge foncière* del derecho suizo, los derechos de aprovechamiento parcial previstos en Cataluña, Navarra y Aragón, los *conservation burdens* del derecho escocés, la *obligation réelle environnementale* francesa o la ley italiana sobre los *domini collettivi*, entre otros⁸⁵.

La misma lógica permea la *ratio* de la ley francesa de 2016 para la reconquista de la biodiversidad, de la naturaleza y de los paisajes (n. 2016-1087), cuyo «principio de solidaridad ecológica» invita a tener en cuenta «las interacciones de los ecosistemas, de los seres vivos y de las áreas naturales o adaptadas» en toda toma de decisión pública que tenga una incidencia notable sobre el medio ambiente de los territorios afectados⁸⁶. Y con los símiles lentes debe observarse la más reciente técnica codificadora del derecho civil que limita el ejercicio de derechos individuales sobre los bienes de propiedad privada, cuando afecten el funcionamiento o la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, fauna o de la biodiversidad⁸⁷.

La interrelación dicta además la actual tendencia en tema de la responsabilidad civil y derecho de bienes. Para el primer caso, la introducción del perjuicio ecológico puro (realizada por la Corte de Apelaciones de París con la sentencia de 30 de marzo de 2010 y luego implementada en el *Code civil* por la citada ley de 2016⁸⁸) permite reparar los daños causados a los elementos o funciones de los ecosistemas, sin importar la repercusión en un interés humano particular (incluido el de los sujetos que buscan su reparación en sede judicial). Esto equivale a decir que el viviente no humano es puesto en el elenco de los intereses (junto a aquel de la colectividad humana), implementándose la

85. Para detalles, v. Rodrigo MÍGUEZ NÚÑEZ, *Note minime per una conversione ecologica della proprietà del suolo*, «Rassegna di diritto civile», 2019, n. 4, p. 1072 ss.

86. Así se lee en el nuevo texto del artículo 110-1 inciso 2, n. 6 del *Code de l'environnement*.

87. Art. 240 del Código civil y de Comercio argentino (2015). V. además art. 1228, § 1, del Código brasileño (2002); art. 286 Código de la República Popular de China (2020).

88. De acuerdo con el artículo 1247 del Código Civil, en su nueva redacción establecida por la Ley n. 2016-1087 *pour la reconquête de la nature, de la biodiversité et des paysages*, 08/08/2016, «Est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement».

posibilidad de indemnizar daños de carácter “holístico”; a saber, de aquellos daños que atañen el cúmulo de intereses representados por las funciones de los ecosistemas y por sus beneficiarios⁸⁹.

Por último, un resultado no diferente se obtiene si se considera el tema de los bienes comunes, referencia obligada en el actual debate jurídico acerca de la relación con la naturaleza⁹⁰.

No cabe duda de que la calificación de un bien como “común” debe ir acompañada de la identificación del sujeto gestor (a cada objeto su sujeto, como se suele decir), pero ello no impide la adopción de un enfoque holístico que eclipse las barreras entre objeto y sujeto, entre naturaleza y cultura. Como se nota, «lo común es una categoría auténticamente relacional, hecha de conexiones entre individuos, comunidades, contextos y entornos» y requiere, por ende, «una lectura holística, que capte plenamente los vínculos inextricables con la comunidad de referencia y con las demás comunidades que están vinculadas a ella o que se envuelven con ella»⁹¹. Tiene así razón Marella cuando reitera que:

«un bien común se encuentra en una relación circular con la comunidad de referencia: comunidad y recurso son recíprocamente constitutivos, y son además entidades eminentemente relacionales, estructuradas en su interior por lazos de solidaridad social, por lo que resulta engañoso ordenar la relación recíproca en términos de subjetividad jurídica, por un lado, y objeto de derechos, por otro»⁹².

Por ende, si un bien es “común” porque expresa «utilidades funcionales al ejercicio de los derechos fundamentales, así

89. CAMPROUX DUFFRENE, *Réflexion critique sur l'attribution de droits aux écosystèmes*, cit., p. 168 y 169.

90. Stefano RODOTÀ, *Vivere la democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2018, p. 130; Stefano FANETTI, *Ambiente e beni comuni. Contenimento del consumo di suolo e riflessi sulla proprietà privata in un'ottica di diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 2019, p. 129 ss.

91. Ugo MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 54 y 62.

92. MARELLA, *Antropologia del soggetto di diritto*, cit. p. 72. Observaciones similares son formuladas por Nivarra según el cual «con respecto al medio ambiente, es imposible distinguir entre un “dentro” y un “fuera”: el medio ambiente, en efecto, entendido como el conjunto de condiciones naturales necesarias para la supervivencia de la especie está en todas partes, es lo “común” por definición, un “común” al cuadrado que penetra en todas partes, incluso en el espacio físico asignado al propietario». Luca NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, en Maria Rosaria MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, ombre corte, 2011, pp. 76-77.

como al libre desarrollo de la persona» y si debe ser protegido y salvaguardado por el ordenamiento jurídico «también en beneficio de las generaciones futuras»⁹³, su subjetivización “impersonal” o “universal” debe ser coherente a su “objetivización general” (el destino o la utilidad del bien). Y precisamente, porque las funciones asociadas al “bien común” permiten incluirlo en la categoría de bienes “destinados” o “vinculados” al interés general, el discurso de los bienes centrado en los “derechos de” (goce, disposición, etc.) se sustituye por un razonamiento basado en los “derechos a”: derechos al acceso, a la conservación y transmisión de los recursos naturales a la comunidad presente y futura. Derecho, en definitiva, a la interrelación.

8. A modo de conclusión

Regresemos, a conclusión de estas líneas, a nuestro punto de partida: el sujeto.

La emersión del “derecho a la interrelación” es muestra de que el interés por ver florecer y desarrollar las capacidades de cada componente de la comunidad biótica dicta la actual agenda del interprete y del derecho positivo. Desde este punto de vista, asoma axiomático que los seres humanos y la naturaleza no humana constituyen un *continuum*, es decir, un único, interdependiente y no jerárquico conglomerado de intereses dignos de protección, donde sujetos y bienes se funden en una entramada red de relaciones. Por consiguiente, si derechos de la naturaleza y derechos del ser humano pueden ser entendidos como un única “entidad jurídica” basada en la necesidad de utilizar sosteniblemente nuestra “casa común”, es razonable atribuir «el derecho a la Naturaleza en su conjunto, al sistema del que depende la propia Tierra, aun cuando no todos los elementos de ese sistema merezcan independientemente la condición de titulares del derecho»⁹⁴.

Con todo, es significativo recordar que la técnica que subjetiviza es sólo una de las variadas modalidades adop-

93. Proyecto de ley delegada elaborado por la Comisión Rodotà, Art. 1, apartado 3, letra c) de la propuesta de ley. Disponible *on-line* en: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?contentId=SPS47624&previousPage=mg_1_12_1

94. William F. SCHULZ, Sushma RAMAN, *The Coming Good Society. Why New Realities Demand New Rights*, Cambridge, Mass.- Londres, Harvard University Press, 2020, p. 213.

tadas por la juridicidad para aferrar el “animismo” y “artificializar” la naturaleza⁹⁵. No se trata entonces de agotar la interrelación en el terreno exclusivo del sujeto de derecho, sino de construir un instrumental “ecológico” múltiple, libre de premisas abstractas y utilitarias, capaz de ramificarse en el entero tejido del derecho privado.

Precisamente, la reflexión aquí planteada pone de manifiesto que las actuales técnicas de protección y representación de la naturaleza no humana se explicitan en variados dispositivos que integran y encuadran el derecho a la interacción de los seres vivos. En ellos subyace el marco teórico que rechaza la concepción puramente utilitarista de la naturaleza, el tránsito del medio ambiente “objeto” al “sistema” y la “cooperación” o “simbiosis” entre el viviente presente y futuro. Asimismo, el instrumental de la interrelación contribuye a socavar los supuestos y el contenido de la división persona/cosa y del reduccionismo jurídico de inspiración capitalista, morigerando la oposición entre sujetos y objetos y actuando como antídoto contra los excesos de la cosificación de la naturaleza.

152

En definitiva, si hoy es claro que «[l]as personas y los pueblos son interdependientes con la naturaleza no humana y forman con ella un conjunto inseparable»⁹⁶, pues entendemos que «somos todos carne de la misma carne, indiferentemente de la especie a la cual pertenecemos»⁹⁷, se torna siempre más imperioso reiterar que «derechos [sujetos] y bienes no pueden considerarse distantes entre sí, sino que cada vez más conectados por vínculos de reciprocidad»⁹⁸.

95. Marie-Angèle HERMITTE, *Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant*, en Philippe DESCOLA (ed.), *Les natures en questions*, París, Odile Jacob, 2018, p. 265 ss.

96. Art. 8, *Propuesta Constitución Política para la República de Chile*, Santiago de Chile, 4 de julio de 2022, Disponible on-line en: www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-CPR-2022.pdf

97. Emanuele COCCIA, *Metamorfosi. Siamo un'unica, sola vita*, Turín, Einaudi, 2022, p. 5.

98. Cfr. RODOTÀ, *Vivere la democrazia*, cit., p. 90.

«Diálogos»

Incontri con la cultura giuridica latino-americana

collana diretta da Rodrigo Míguez Núñez

ISSN 2724-6736

Comitato scientifico

Helena Alviar García, María Valeria Berros, Flavia Carbonell Bellolio, Aldo Andrea Cassi, Thomas Duve, Jorge Esquirol, Mark Goodale, Jorge Armando Guevara Gil, Sabrina Lanni, Luis Lloredo Alix, Lucio Pegoraro, Marzia Rosti, Fernando Tenorio Tagle.

La Collana ha lo scopo di promuovere e diffondere la conoscenza e il dialogo tra studiosi della cultura giuridica europea e latino-americana, nell'intento di fornire uno spazio di incontro e confronto sui temi tanto classici quanto nuovi dell'esperienza giuridica. La Collana è aperta a contributi di studiosi di diverse discipline e ospita opere monografiche, studi collettivi, atti di convegno e testi utili a soddisfare finalità didattiche.

«Diálogos» è aperta a contributi in lingua non solo italiana ma anche francese, inglese, portoghese, spagnola.

Le pubblicazioni della Collana sono sottoposte a un sistema di referaggio anonimo (*blind peer review*) secondo i criteri indicati sul sito web dell'editore www.aaccademia.it

I volumi della Collana sono pubblicati in formato digitale con licenza Creative Commons. «Diálogos» è inoltre candidata alla piattaforma OpenEdition Books.

Volumi pubblicati

1. *Scritti in onore di Mario G. Losano. Dalla filosofia del diritto alla comparazione giuridica*, a cura di Luis Lloredo Alix e Alessandro Somma.
2. Clelia Bartoli, *Chile Revolts: From the Uprisings to the Constitutional Process*.
3. *Le droit à l'épreuve de la société des sciences et des techniques. Liber amicorum en l'honneur de Marie-Angèle Hermitte*, sous la direction de Nicolas Baya-Laffite, María Valeria Berros, Rodrigo Míguez Núñez.
4. *Razonamiento y argumentación jurídica: nuevos enfoques para la tutela de la naturaleza*, directores María Valeria Berros y Ricardo Perona.

