
DISCUSIONES 31

— 2 - 2023 —

LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHO



EDITORIAL
DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DEL SUR

Director

Federico José Arena (Conicet, Argentina)

Secretaría de redacción

Sofía Pezzano (Conicet, Argentina)

Catalina Tassin Wallace (Conicet, Argentina)

Comité Científico

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Pierluigi Chiassoni (Università di Génova, Italia)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Francisca Pou Giménez (ITAM, México)

Susanna Pozzolo (Università di Brescia, Italia)

Cristina Redondo (Conicet, Argentina)

Consejo Editorial

Juan Cumiz (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Agostina Copetti (Conicet, Argentina)

Natalia Scavuzzo (Università di Genova, Italia)

Valeria Trotti (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Diego Dei Vecchi (Universitat de Girona, España)

Editores de la sección Otras Discusiones

Laura Manrique (Conicet, Argentina)

Pablo Rapetti (ITAM, México)

DIRECCIÓN POSTAL

Avda. Colón 50, planta alta, Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, CP B8000HZK, Argentina.

DIAGRAMACIÓN:

Fabián Luzi

Nota del director

Luego de treinta números, llega un nuevo cambio en la estructura de *Discusiones*. La revista pasará a tener únicamente dos secciones. La tradicional sección Principal, que mantendrá su estructura, y la sección “Otras discusiones”, donde si bien incluiremos trabajos del tipo que aparecían en las secciones anteriores (“Cortes”, “Libros” y “Balance”), también publicaremos todo tipo de trabajo científico sobre los temas de la revista. Esto último implica una novedad adicional: a partir de ahora *Discusiones* lanzará convocatorias periódicas para la publicación de artículos, que serán, como siempre, sometidos al proceso de evaluación por pares. Laura Manrique y Pablo Rapetti han amablemente aceptado continuar en el equipo editorial como editores de esta sección. En razón de este cambio, Lorena Ramírez, Janaina Matida, Flavia Carbonell y Carolina Vergel finalizan su colaboración como editoras de sección. Quiero agradecer a todo este grupo, que estuvo a cargo de las secciones Cortes, Libros y Balance, por el trabajo y el acompañamiento de estos años. La revista es de factura artesanal y su subsistencia depende de personas, como ellas, que ponen el hombro.

Las novedades no terminan allí, pues en este número se produce también un cambio en la Secretaría de redacción y en el Consejo Editorial. Por un lado, Daniela Domeniconi deja la Secretaría de redacción, donde se suma Catalina Tassin Wallace para acompañar a Sofía Pezzano. Daniela ha sido fundamental para la vida de la revista, participando durante los años en que Hernán Bouvier estuvo a cargo de la dirección y aceptando acompañarme también en la transición y los años que siguieron. Trabajar con Daniela es tener la seguridad de que las cosas irán bien. Esta nota nunca logrará ser agradecimiento suficiente. Por otro lado, Agustina Copetti se incorpora al Consejo editorial, sumando su esfuerzo para asegurar la calidad de nuestra revista.

DISCUSIONES 31

2-2023

“LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHO”



MARIANELA GALANZINO

(EDITORA)

ÍNDICE

Ernesto Garzón Valdés (1927-2023). Un recuerdo 7
PAOLO COMANDUCCI (*Università degli Studi di Genova, Italia*)

SECCIÓN I: **DISCUSIÓN**

Introducción a un debate por los sujetos de derecho y nuevos otros, en tanto problema jurídico y filosófico. *Introduction to a Debate on Legal Subjects and the New Others, as a Legal and Philosophical Problem* 15
MARIANELA GALANZINO (*Conicet - Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina*)

Cuando lo obvio deja de serlo: nuevos sujetos y otros en el derecho contemporáneo. *When the Obvious Ceases to be Obvious: New Subjects and Others in Contemporary Law* 31
MARÍA VALERIA BERROS (*Conicet- Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina*)

Seguir soñando sin dejar de ver lo obvio: otros y nuevos sujetos y personas desde la perspectiva latinoamericana. *Keep Dreaming while Seeing the Obvious: Others and New Subjects and People from the Latin American Perspective* 61
NATÁLIA DE SOUZA LISBÔA (*Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil*)

Desmontar el abismo entre Sujeto y Naturaleza. Sobre el extravío desnaturalizante de la subjetividad. *Dismantle the abyss between Subject and Nature. On the denaturing misdirection of subjectivity*..... 77
LEANDRO DRIVET (Conicet- Universidad Nacional de Entre Ríos, Paraná, Argentina)

Historias y porvenires para repensar sujetos de derechos y otros. *Histories and Futures for Rethinking Subjects of Rights and Others* 109
MARÍA VALERIA BERROS (Conicet- Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina)

SECCIÓN II: OTRAS DISCUSIONES

Desempolvando: un balance crítico de la discusión entre Nino y Carrió sobre el poder constituyente. *Dusting Off: A Critical Balance of the Discussion between Nino and Carrió on the Constituent Power* 121
JORGE BAQUERIZO MINUCHE (Universitat de Girona, España)

Solidaridad, ¿de qué y entre quiénes? A propósito del debate sobre la justificación de los impuestos y el gasto público. *Solidarity, of What and among Whom? Regarding the Debate on the Justification of Taxation and Public Spending* 149
ANDRÉS BLANCO (Universidad de la República, Montevideo, Uruguay)

Instrucciones para las/os autoras/es 173

Ernesto Garzón Valdés (1927-2023). Un recuerdo

Paolo Comanducci*

He aceptado inmediatamente la amable invitación de Federico Arena para escribir algunas palabras en recuerdo de Ernesto Garzón Valdés en las páginas de esta revista. Se lo debo a Ernesto, como pequeña muestra de gratitud por lo tanto que he recibido de él, aun si siento una gran tristeza al hablar de Ernesto en tiempo pasado.

No voy a ofrecer ni siquiera un resumen de su extenso *curriculum vitae et studiorum*, ya que es fácil encontrar información adecuada al respecto¹. Su vida ha sido completa, larga y muy dinámica, caracterizada por los viajes frecuentes, las prolongadas estadias en el extranjero, el intenso trabajo diplomático y sobre todo académico, el exilio determinado por la dictadura argentina, la elección de quedarse a vivir en Alemania aun después de la vuelta a la democracia en su país. Para conocer a fondo la ambivalente relación de afecto y aversión con Argentina resulta seguramente muy esclarecedor leer su libro “casi” autobiográfico, *El velo de la ilusión* (Garzón Valdés, 2000a). Pero era suficiente hacerle una pregunta cualquiera sobre la situación de su país para darse cuenta de la amargura que trasudaba de su respuesta, y al mismo tiempo del apasionado interés con que seguía los acontecimientos políticos, económicos y culturales de su patria.

Para los jóvenes investigadores que no hayan tenido todavía la oportunidad de encontrarse con su obra científica, hace falta mencionar al menos los campos disciplinarios que Garzón cultivó. Empezó con la filosofía del derecho, publicando varios ensayos y el volumen *Derecho y “naturaleza de las cosas”* (Garzón Valdés, 1970); se ocupó de filosofía moral, desarrol-

* Profesor emérito de la Università di Genova, Italia.

¹ Véase, entre otros, Malem (1987), Atienza y Ruiz Manero (1987), de Lucas (2001), Comanducci y Mazzarese (2003).

lando una personal ética de la responsabilidad; ejerció la ciencia política², teniendo como especial foco de atención a Latino América³; y sobre todo trabajó profunda y extensamente en la filosofía política, dejándonos unas obras fundamentales para esta disciplina⁴. Leyendo sus contribuciones, emerge la figura de un intelectual que hunde sus raíces en la Ilustración y en el pensamiento liberal-demócrata de filósofos como Locke y Kant, cercano a las posturas contemporáneas del liberalismo igualitario y cosmopolita de corte anglosajón – pienso sobre todo en Rawls –, pero siempre con rasgos de originalidad e independencia de juicio.

La labor académica de Garzón ha sido impresionante. No solamente por la cantidad y calidad de su propia producción científica, sino por la enorme mole de traducciones desde y al castellano: casi ochenta volúmenes, además de muchos ensayos. Un trabajo humilde y valioso a la vez. Se trata de una pieza que encajaba en un preciso proyecto, llevado adelante a lo largo de toda una vida. Garzón quiso facilitar la circulación de las ideas, en materia filosófico-jurídica y filosófico-política, especialmente entre los varios países de Europa y Latino América. Y estaba convencido de que las traducciones de libros relevantes eran, a este fin, un instrumento imprescindible. La otra pieza del proyecto consistió en posibilitar el armado de una red entre investigadores que le parecían interesantes, una telaraña tejida sobre todo por medio de sus innumerables viajes. La elección en este caso ha sido la de poner en contacto grupos por así decirlo “minoritarios” respecto de los que pertenecían a universidades más famosas y hegemónicas. Es así que logró construir puentes entre investigadores de España, México, Argentina, Finlandia, Alemania, Italia, y un largo etcétera. Garzón fue un gran organizador cultural. Y al mismo tiempo un maestro, un mentor de la formación académica y la actividad de investigación de varias generaciones de colegas.

Organizador cultural y maestro: bajo ambos perfiles Ernesto ha tenido una notable influencia también sobre mi.

² Véase Garzón Valdés (1987).

³ Véase, entre otros, Garzón Valdés (2000b).

⁴ Véase, por lo menos, Garzón Valdés (1993) y Garzón Valdés (2001).

En primer lugar, yo fui un destinatario directo de su obra de constructor de puentes. Lo conocí personalmente al comienzo de octubre del 1992 en Córdoba, durante la ceremonia en la que la Universidad Nacional, su *alma mater*, quiso simbólicamente volver a incorporarlo al claustro docente, como *doctor honoris causa*, claustro del cual la dictadura lo había expulsado casi veinte años atrás. En el seminario internacional que siguió a aquel acto académico, el primero de una larga serie de congresos anuales en Vaque-rías, en la sierra cordobesa, encontré, junto con una pequeña delegación italiana, a los representantes más destacados de la filosofía analítica del derecho argentina (Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, Carlos Nino, Roberto Vernengo, Ricardo “Pachi” Guibourg, Martín Farrell, Ricardo Caracciolo, Pablo Navarro, entre otros) y también española y mexicana. Garzón, desde aquella ocasión, empezó a considerarme uno más de sus “protegidos”, a ponerme sistemáticamente en contacto con otros colegas de su entorno y, a medida que mi castellano mejoraba, a involucrarme en múltiples actividades académicas de las cuales él era el principal impulsor. Habiendo sido beneficiado por su actitud de gran tejedor de redes académicas, sucesivamente decidí intentar por mi parte imitarlo, aun si en escala menor, y me siento ahora muy satisfecho por haber seguido en esto la enseñanza de Ernesto.

Como maestro, reconozco que Garzón ha tenido sobre mí una influencia determinante con relación a mis posturas en el debate entre liberalismo y comunitarismo, así como en la elaboración de los conceptos de igualdad y tolerancia. No compartíamos la misma metaética, pero en materia de ética sustantiva a menudo me daba cuenta de la grande consonancia entre sus tesis y argumentos y los míos.

Quiero terminar mi pequeña conmemoración de Ernesto, relatando algunos recuerdos personales, unos simples *flashes*, sin un orden preciso, que tengo bien presentes en mi memoria y quiero compartir con los lectores de “Discusiones”.

En primer lugar, el recuerdo de un país, México, que para mi está fuertemente conectado a Ernesto. Fue él que me puso en contacto con Rodolfo Vázquez e hizo que me invitaran por primera vez a México; fue en una colección codirigida por él (“Ética, Filosofía del Derecho y Política”, de la editorial Fontamara) en donde publiqué mi primer librito en castellano; fue en la cátedra que lleva su nombre que tuve el honor de dictar unas clases

en 2006; ha sido en su compañía que transcurrió en la Ciudad de México algunos momentos muy agradables y estimulantes, entre universidades, museos, librerías y refrescos en el precioso edificio *art nouveau* de la Casa de los azulejos. Todavía recuerdo, durante mi primera visita a México, sus cariñosas recomendaciones, como experto conocedor de la realidad mexicana, sobre comidas y bebidas autóctonas, a veces condimentadas con una pizca de prejuicios Nord europeos (“Querido, ¡no tome hielo ni coma lechuga fuera de un Sanborns!”).

En segundo lugar, el recuerdo de un viaje transoceánico en avión que por casualidad nos tocó compartir. No estábamos sentados cerca y cuando me levanté para dar dos pasos y estirar las piernas lo vi que trabajaba, en el medio de la noche, con la computadora: estaba terminando una traducción. “No hay que desperdiciar el tiempo”, me comentó en aquella ocasión, un imperativo al que obedeció, de una forma casi obsesiva, a lo largo de los años. Ernesto tenía una suerte de ansiedad vital, pasaba, sin solución de continuidad, del logro de un objetivo al planteo de otro. Estaba siempre corriendo, intelectual y metafóricamente, ya que ostentaba en cambio un soberano desprecio hacia la práctica del *jogging*.

En tercer lugar, los recuerdos de su gran casa en Bonn, en la que tuve la suerte de pasar unos días. Se encuentra en el barrio donde estaban las embajadas, cuando Bonn era todavía la capital de Alemania. Una casa atiborrada de libros, de trabajo, de literatura, de arte; libros que se encontraban por doquier, también forrando las escaleras internas, tanto que él había puesto unos silloncitos en los entresijos para permitir sentarse a leer en el lugar mismo donde uno hubiese encontrado un libro interesante. La casa incluía también dos espacios, uno arriba y otro abajo, perfectamente equipados para recibir a huéspedes. Aulis Aarnio, él también un amigo recién fallecido, transcurrió varios períodos alojado en uno de ellos. La casa está ubicada en Rolandstrasse, y por eso Ernesto apodó Roland Seminars las reuniones de amigos-colegas que solía organizar en su casa, con la ayuda y la presencia discreta de su adorada Delia. Unos anfitriones exquisitos.

En cuarto lugar, el recuerdo de todas las veces en que Ernesto, ejerciendo lo que él consideraba una forma de paternalismo justificado, me alentaba a que emprendiera alguna actividad académica. Siempre ha sido pródigo de incitaciones: para que escribiera sobre un tema, participara

en un congreso, publicara en inglés, armara la parte monográfica de una revista. Desde algunos años ya no lo hacía más, a causa del deterioro de su memoria. Pero todavía hoy en día, frente a alguna tarea académica que no tengo ganas de llevar a cabo, me descubro preguntándome: “¿Y si Ernesto me lo hubiese pedido?”

En quinto lugar, un recuerdo puntual. Su cara de grata sorpresa y purísima felicidad cuando, el 2 de abril del 2004, le anuncié que habíamos conseguido, a último minuto, una entrada, al teatro Carlo Felice, para asistir a una representación de la *Turandot* de Giacomo Puccini, que iniciaba poco después de una conferencia que Ernesto dio en el Palacio San Giorgio de Génova. Era un gran amante de la música clásica, y de la ópera en especial, y con su entusiasmo logró contagiarme, aun si en forma blanda, después de años de insistencia para que descubriera el encanto de la lírica.

En sexto y último lugar, el grato recuerdo de su visita, junto con Eugenio Bulygin, a Sansepolcro, en el mes de abril de 1995, después de haber participado en un congreso en la cartuja de Pontignano, cerca de Siena. Grande fue el placer de poder acoger en lo que considero “mi lugar en el mundo” a dos maestros y amigos entrañables, y enseñarles las bellezas artísticas y paisajísticas de este pueblo de Toscana. Ernesto y Eugenio conocieron a mis padres, y los conquistaron, haciendo muestra de su buen manejo del italiano. En particular mi mamá quedó literalmente fascinada por Ernesto (“¡Qué señor tan distinguido!”). Una prueba ulterior, para mi, de su estilo refinado, su capacidad de empatía, su brillante personalidad. Lo extrañaré.

Bibliografía

- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1987). Entrevista a Ernesto Garzón Valdés. *Doxa*, 4, 413-426;
- Comanducci, P. y Mazzarese, T. (2003). Introduzione. En E. Garzón Valdés, *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofia morale e politica* (pp. 7-19). Bologna: il Mulino.
- de Lucas, J. (2001). Laudatio Académica del Doctor Ernesto Garzón. En E. Garzón Valdés, *Filosofía, política, derecho. Escritos seleccionados* (pp. 15-22). Valencia: Universitat de València.

- Garzón Valdés, E. (1970). *Derecho y "naturaleza de las cosas"*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- Garzón Valdés, E. (1987). *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Re-edición, Garzón Valdés, E. (1992). *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*. México: Fontamara, México- Nueva edición Garzón Valdés, E. (1988). *Die Stabilität politischer Systeme. Analyse des Begriffs mit Fallbeispielen aus Lateinamerika*. München-Freiberg: Alber.
- Garzón Valdés, E. (1993). *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Garzón Valdés, E. (2000a). *El velo de la ilusión*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Garzón Valdés, E. (2000b). *Instituciones suicidas*. México: Paidós.
- Garzón Valdés, E. (2001). *Filosofía, política, derecho. Escritos seleccionados*. Valencia: Universitat de València.
- Malem, J. (1987). Ernesto Garzón Valdés: apuntes biográficos y reseña bibliográfica. *Doxa*, 4, 399-411.

Sección I

DISCUSIÓN

Introducción a un debate por los sujetos de derecho y *nuevos otros*, en tanto problema jurídico y filosófico

Introduction to a Debate on Legal Subjects and the New Others, as a Legal and Philosophical Problem

Marianela Galanzino*

Recepción y evaluación de propuesta: 16/03/2022

Aceptación: 14/05/2022

Recepción y aceptación final: 04/12/2023

Resumen: Este breve trabajo intentará introducir una conversación esgrimida en torno al texto de Valeria Berros, titulado “Cuando lo obvio deja de serlo: nuevos sujetos y otros en el derecho contemporáneo”. Partiendo de esbozar los principales argumentos que propone la autora, pasaré inmediatamente a apuntar reflexiones suscitadas por la entidad creciente que cobran algunos de los debates que colisionan en la discusión y referiré a sus repercusiones que exceden, a todas luces, el campo del derecho. Intentaré también ofrecer una narrativa que funcione a modo de paraguas argumentativo con la finalidad de esbozar el mapa de relaciones entre los elementos aportados por los comentaristas a la discusión con el texto central y, sin saberlo, entre los mismos comentaristas, Lisbôa y Drivet.

Palabras clave: Sujetos de derechos, Derecho Ambiental, Naturaleza, Persona.

Abstract: This article attempts to address the discussion around Valeria Berros’s text “When the obvious ceases to be obvious: new subjects and others in contemporary law”. I will start by outlining the main arguments

* Doctoranda en Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Becaria doctoral CONICET, Centro de Investigaciones Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina. Correo electrónico: maygalanzino7@gmail.com

proposed by the author and continue to point out reflections raised by the growing importance of some of the debates aroused in the discussion and I will refer to their repercussions, which clearly exceed the field of law. I also will bring a narrative which may provide an argumentative umbrella to draw the map that links the elements brought by the commentators, Lisbôa and Drivet, related not only to the central text but also among them.

Key words: Subjects of rights, Environmental Law, Nature, Person.

1. Introducción

En el marco de una cada vez más evidente crisis socioecológica, se vienen generando extensos debates acerca de cómo debe ser definido el momento histórico y geológico de las relaciones que se establecen en el mundo que habitamos. En simultáneo, se intentan definir y distribuir responsabilidades y se comienzan a delinear direcciones hacia algunos futuros posibles. En la pregunta por la habitabilidad del mundo, y sobre sus habitantes, nos vemos en la obligación de pensar en cómo vamos a convivir con la otredad, quienes son *los otros* o, en todo caso, los *nuevos otros*, con quienes compartiremos un futuro común (Haraway, 2019).

Distintos discursos se encuentran circulando en la tarea de pensar lo que emerge como posibilidad y resuenan en las preocupaciones de la crisis socioecológica. Todos ellos intentan esbozar estrategias para hacer frente a la dureza del tiempo al cual pertenecemos. Biocentrismo, ecocentrismo, ambientalismo, etc. En las discusiones que se entretujan en este número, nos adentraremos en aportes acotados a campos más específicos, como los Derechos de la Naturaleza, el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, la Ética Comunicativa Ampliada. Todos ellos, abrigan el impulso de pluralizar los modos de ser, hacer y pensar.

Valeria Berros indica que, desde el campo jurídico, viene cobrando fuerza el enfoque de los Derechos de la Naturaleza, con pretensiones de redefinir la otredad. Sin perjuicio de los desacuerdos que produce al interior del derecho contemporáneo, se ha convertido en las últimas décadas, en un punto tan central como resistido.

Desde la praxis latinoamericana, con avances y retrocesos incluidos, este enfoque derivó en todo tipo de discusiones académicas, jurídicas, filosóficas e institucionales. Ante todo, nos convida a una mirada atenta y crítica para pensar este gran y paralizante problema del cual somos contemporáneos, al tiempo que se compromete con los márgenes, con los “problemas migajas”.¹

A nivel social, político, cultural, económico el enfoque de los Derechos de la Naturaleza presenta alternativas de organización y además incluye una manera otra de pensar y defender la vida. Inicia su recorrido en cosmovisiones indígenas, que se presentan como alternativas del modelo capitalista (Gudynas, 2014), y ha derivado posteriormente en numerosas traducciones que, en mayor o menor medida matizaron esta prerrogativa.

Dentro de la batería de discusiones que se esgrimen a partir de los aportes de la perspectiva de los Derechos de la Naturaleza, la cuestión del tratamiento jurídico de la otredad, de *los otros*, o también podemos decir, la cuestión de los *nuevos otros*, se vuelve, a los fines de este trabajo, un punto central.

El texto de Berros, discutido en este número, rastrea desde el ámbito jurídico, posibilidades de interpretación de normas existentes para ampliarlas en un sentido que las torne comprensivas del (y siguiendo a la autora) creciente número de nuevos otros. Focaliza en la técnica jurídica para buscar dentro del derecho las posibilidades de dar un tratamiento protectorio a esos nuevos otros, al tiempo que se pregunta quiénes son, quiénes han sido, quiénes potencialmente podrían serlo. En paralelo, y en total coherencia con desandar los caminos de la obviada, pone en relieve el concepto de sujeto de derechos alertando sobre los revuelos que éste genera al interior del derecho contemporáneo.

Cada vez que el debate sobre los nuevos sujetos de derecho en relación al problema socioecológico se abre, aparecen no pocas objeciones dentro del derecho ambiental clásico o tradicional. El enfoque clásico, reconoce el derecho humano al medio ambiente sano adosado a la tradición liberal que dio origen a los procesos de codificación. Esto significa que los hombres

¹ Si bien existen las grandes causas ambientales globales, que cuentan con gran legitimidad, como lo es el cambio climático, también hay otros problemas localizados como la defaunación, extinción de especies, contaminación de diferentes tipos y niveles, que como operan en una escala local quedan fuera de las grandes estrategias de acción y visibilidad pública.

detentan el derecho a gozar de un medioambiente sano por el hecho de ser tales. Nuestro artículo 41 de la Constitución Nacional refleja esta cultura legal.² Nuestro sistema jurídico reconoce sus fuentes en los Códigos francés de 1804 y el Esboço de Freitas (como proyecto del código brasileiro entre 1860 y 1865), embebido del humanismo y el liberalismo que fue esculpiendo la teoría jurídica en la historia de Occidente.

En esta parte del mundo, como en todas aquellas en que está tradición antropocéntrica ha permeado, el “ser” es condición excluyente para poder titularizar y gozar de derechos y para merecer la mirada respetuosa de quienes sí “son”. En definitiva, se trataría aún de la sustancia *ad aeternum* que retoma Drivet de los clásicos griegos para comentarios sobre los peligros de transformar todo en un sujeto.

Ya se han encargado otros autores de preguntarse sobre si los árboles podrían tener legitimidad procesal (Stone, 1972), y de tornar evidente que los Estados han otorgado, mediante sus sistemas legales, derechos a entidades bancarias, por ejemplo, y creado la persona jurídica de existencia ideal, entre muchas otras ficciones del tipo.

Berros, a partir de resaltar la propiedad elástica del concepto de *otros*, nos refuerza la pregunta por el horizonte jurídico emancipatorio. Si partimos de la comprensión de que todas esas aperturas de derechos o ampliaciones son ficciones jurídicas ¿por qué entonces no expandir ese universo emancipatorio mediante nuevas ficciones que comprendan a nuevos otros?

Quienes rechazan la inserción de los Derechos de la Naturaleza en los sistemas jurídicos, y en los sistemas políticos estatales, argumentan que resultan de difícil ejecución, que son procesos largos y poco eficaces en su resolución. Sin embargo, el aparato del derecho ambiental tradicional ha demostrado una gran insuficiencia de respuesta tanto precautoria como ejecutoria. Ante tal circunstancia, la argumentación de Berros y sus intrincadas y finas articulaciones en las discusiones con Drivet y con Lisbôa, nos proporcionan una mirada compleja y crítica para aportar a una defensa

² “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.” (Artículo 41, Constitución Nacional Argentina).

del enfoque de los Derechos de la Naturaleza. Cada uno lo hace desde un costado y con un sustento teórico diferente, intentando así bocetar algunas respuestas a un problema tanto jurídico como filosófico.

2. Principales argumentos del texto de Berros

La autora señala que la cuestión de los Derechos de la Naturaleza engloba una serie de discusiones en torno a reconocer u otorgar derechos a animales (en carácter individual o por especie), a ciertos ecosistemas en particular, a la naturaleza en general, o incluso a categorías de sujetos más novedosas, como es el caso de las generaciones futuras. Sobre estos debates, el territorio latinoamericano ha aportado un gran número de experiencias que se condujeron por diferentes vías: jurisprudencial, texto constitucional o leyes nacionales.

Berros, oportunamente señala que los planteos de los Derechos de la Naturaleza vienen produciendo un escándalo en el mundo jurídico, por tocar talones de Aquiles, “los puntos cardinales” de los sistemas jurídicos modernos. Resalta, además, que estos movimientos que se dan en normativas nacionales, constitucionales, en bocados de jurisprudencias y doctrina e intentos de reforma, reflejan un cambio en el pensamiento social, aquel del cual (enfatisa la autora) nos advertía Durkheim.

Es así que Berros nos acerca a las discusiones por el reconocimiento de un creciente número de otros a partir de dos casos específicos, que tuvieron tratamiento en Argentina, por la vía jurisprudencial. El caso del Delta del Paraná (2020) y el caso Off shore (2021).

El principio de no dañar a otros, el cual nos resuena tanto desde la moral, el derecho y las religiones, cobra una fuerza cautivante en la tarea de expandir la cantidad de otros, o como dice Berros, de producir un “ensanchamiento de los sujetos”.

Sin embargo, nos indica esta autora, que el principio esconde también una pretensa obviedad. ¿Quiénes son esos otros? Nos invita a rastrear algunas experiencias que empiezan a hacer evidente la inestabilidad actual de tal obviedad, para lo cual el derecho, tanto en doctrina como en jurisprudencia, ha sido de gran ayuda.

La extensión de un horizonte emancipatorio a *nuevos otros* implica el ejercicio de rechazar posturas conservadoras. No hay manera de mantener el mundo en suspenso o detenido. Independientemente de si se trata de la historia de la humanidad sobre la tierra (Tiempos de la Historia Mundial) o de la historia geológica de la tierra (tiempo geológico),³ la tendencia del universo es a la entropía, y por lo tanto a la constante modificación. Para evitar las mutaciones y cambios de las sociedades (y del mundo en general) es necesario un quehacer. Hay que hacer algo, una acción positiva (por oposición a la omisión) para mantener el estado de cosas tal y como ha permanecido durante cierta cantidad de tiempo. Un quehacer está detrás de la conservación. Así, *el laissez faire, laissez passer* implica un conjunto de acciones y un corpus organizacional.⁴ Esta circunstancia convoca a algunas corrientes de pensamiento, a juristas y pensadores a ser los verdaderos conservadores de las teorías y los modos de pensar cocinados durante la emergencia de la modernidad, perfeccionadas a su paso y cuyas repercusiones nos conducen a la justificación de un modo de vida imperial (Brandt y Wissent, 2021), que destruye todo aquello que no logra humanizar, o bien podríamos decir, sujetar.

Ya conocemos la existencia de animales que no se mueven en absoluto. ¿Cabe entonces la definición jurídica de semovientes tal y como se encuentra legislado en el Código Civil y Comercial Argentino, para designar a los animales? A saber, “cosas muebles que pueden desplazarse por sí mismas” (art. 227).

Ya no es obvio qué es un animal ¿lo fue alguna vez? ¿Qué tratamiento han merecido *los otros* en estos años de experiencia de los tiempos de la humanidad?

³ Esta distinción es tomada de Dipesh Chakrabarty, quien explica el surgimiento de una tendencia consciente en filósofos y estudiosos de la historia a separar la historia humana –o la historia de los asuntos humanos– de la historia natural, a veces incluso negando que la naturaleza pudiera tener una historia tal y como la tienen los seres humanos (Chakrabarty, 2018). Drivet, en su texto, retoma esta crítica del pensamiento humano a negar la historia de la naturaleza.

⁴ En el sentido en que indica Michel Foucault en el Nacimiento de la Biopolítica (1978, 1979) para explicar cómo el liberalismo de la segunda mitad del siglo XX se vuelve un régimen gubernamental y que incluye un cierto tipo de racionalidad y un aparato organizacional que produce la libertad que necesita consumir para gobernar.

En Argentina, recientemente se ha dado un fenómeno jurisprudencial en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre la necesidad de incorporar la mirada ecosistémica o ecocéntrica o bien de aplicar el principio *in dubio pro natura*.⁵ Aunque estos movimientos de la Corte no impliquen un reconocimiento de derechos, producen un efecto de influencia en otras decisiones de la región. Auguran un proceso de sentar precedentes judiciales con innovaciones jurídicas no menores. Por ejemplo, en el caso que dirime el conflicto entre Mendoza y La Pampa por el río Atuel, se hizo referencia a: “(...) El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente” (CSJN, “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza”, 2017). Y en el caso “Majul” (2019) la misma Corte afirmó:

en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos.⁶ (Galanzino y Berros, 2022)

El caso del Delta del Paraná (2021), que se inicia, en principio, por graves focos de incendios, es un gran lienzo que nos permite divisar la emergencia de argumentos innovadores en el plano jurídico. En su estrategia argumental se rescatan principios y argumentos que hacen posible discutir no sólo cuestiones de salud (más asociadas a la idea de contami-

⁵ Véase los siguientes casos: CSJN, “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano”, 11/07/2019; CSJN, “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza s/ uso de aguas”, 01/12/2017; CSJN, “Equística Defensa del Medio Ambiente Aso. Civ. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, 11/08/2020; CSJN, “Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques Nacionales Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental”, 25/02/2021.

⁶ Principio *in dubio pro natura* en CSJN, “Majul”, 2019.

nación poblacional clásicas de los *leading cases* ambientales) sino también otros puntos fundamentales.

Una de las demandas presentadas ante la CSJN por este caso plantea el reconocimiento del Delta como un sujeto de derechos, sumado a un argumento generacional, y vincula la protección del Delta del Paraná como clave para la mitigación del cambio climático.

En consonancia con la descripción que hace Berros de la cuestión generacional, la idea de futuro cobra una relevancia fundamental no sólo para las distopías de ciencia ficción, las narrativas del *No Future* de los 80's post Chernobyl y el horror cósmico, sino también para juristas.

En cualquier caso, Berros insiste en lo siguiente: la idea de futuro empieza a tomar un protagonismo ineludible. En el derecho esto viene sucediendo de la mano de las nuevas definiciones del concepto de *generaciones futuras* como sujetos transtemporales y transespaciales.⁷

3. Entre limitaciones y resguardos: la problematización de la idea de sujeto en la propuesta de las comentaristas

Los cruces que se materializaron a partir de la discusión con el texto de Berros resultan de lo más interesantes. Si bien la dinámica de la revista establece una conversación y un debate entre un texto principal y cada texto comentario, también me parece importante extraer las conversaciones fantasmiales, por desconocidas, que se establecieron entre los comentaristas entre sí. Hay un acuerdo subyacente en puntos troncales con el texto de Berros. Para mayor precisión, hay una cierta sensación de consenso sobre algunos puntos tales como: el creciente número de *otros*, la importancia del derecho en el tratamiento de la otredad, el posible colapso socioecológico,

⁷ Demanda “Asociación Civil por la Justicia Ambiental y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, 2021, p. 8. Una propuesta interesante es la del filósofo austríaco Roman Krznaric que convoca a lo que denomina “pensamiento catedral” para la construcción de una justicia intergeneracional. Alude así, a las ideas largoplacistas de los proyectos humanos en el medioevo, que se reflejaban en la construcción de las grandes catedrales góticas y románicas cuya edificación se proyectaba a 100, 200 años hacia el futuro. Véase Krznaric (2022).

el estado lamentable del planeta, la incidencia antropogénica en la producción y aceleración de tal situación, la necesidad de modificar la forma moderna de comprender el vínculo naturaleza-cultura, la importancia de los procesos institucionales que comienzan a dar forma a las demandas de nuevos otros, para nombrar sólo algunos. Sin embargo, hay también desacuerdos importantes.

Principalmente, para Drivet el problema debe incorporar la crítica a la noción de sujeto. Pero debe hacerlo desde un costado que abrace el reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza. Respecto de la noción de sujeto, entiende que es justo allí donde permanecen las dificultades para incorporar reflexivamente la naturaleza a la cultura, o de unir estas representaciones modernamente separadas.

El autor llama la atención sobre los modos de operar del conocimiento occidental, apuntando que insiste en negar la historia de la naturaleza, y que, de hecho, la historia de la humanidad en la tierra es (en la historia de la naturaleza) considerablemente reciente. Con esta argumentación nos sumerge en el cuestionamiento por la centralidad autoatribuida de lo humano y de las formas en que fue consolidándose tal posición desde la Grecia antigua, pasando por la modernidad, hasta nuestros días. El derecho, transversal a todas estas temporalidades y como herramienta de dominación, ha cumplido una tarea para nada menor.

Las reflexiones de Drivet introducen, además, la pregunta sobre los consensos en base a los cuales creamos sensaciones de obviedad. Hace tiempo que conocemos la existencia de animales estáticos, que no se mueven. Podríamos pensar entonces que los presupuestos que hasta el momento aglutinan ciertos consensos en torno a la definición de animal, es decir, “ser vivo que se mueve por su propio impulso” según la Real Academia Española, han sido, una vez más, desbaratados.⁸

Resalta Drivet, que el sujeto moderno, a su vez el sujeto de la racionalidad instrumental, hizo posible las peores calamidades de la historia,

⁸ Véase Medrano y Vander Velen (2018) para incorporar la mirada de los mundos indígenas amerindios a la pregunta que alguna vez, hace 30 años, comenzó a hacerse Tim Ingold tensionando las nociones de animalidad y humanidad, dejando en evidencia que ya no es tan obvio lo que un animal es.

refiriendo a que su forma de conocer está orientada a la dominación de la naturaleza. A este efecto lo denomina (tal y como indica el título de su trabajo) el extravío desnaturalizante de la subjetividad. Allí radica la desconfianza del autor en la noción de sujeto para pensar en horizontes emancipatorias en términos de los nuevos sujetos de derechos.

Sin embargo, complejiza la abdicación total de una categoría tan imponente. Se pregunta: “¿Pueden otorgarse derechos a un ente natural no humano sin necesidad de conferirle el estatuto de sujeto? ¿Serían suficientes dichos derechos para garantizar el respeto y responder adecuadamente al gran desafío del colapso climático y el ecocidio?” (Drivet, 2023, sección 5).

¿Pero cómo salir de la encrucijada y retomar un sendero que nos permita la contemplación de nuevos otros sin extraviarnos en el sujeto? Ante este interrogante que formula en su texto, Drivet propone una praxis conducida por la Ética Comunicativa Ampliada. Parte del entendimiento de que la comunidad humana convive en relación dinámica con otras comunidades no humanas en un régimen de mutua dependencia en el cual existen diferencias entre convivientes. Los humanos tendrían una tarea acorde con su responsabilidad diferenciada, que estaría signada más por cuidar y orientar que por prescribir o imponer.

Me parece importante resaltar que Drivet encuentra limitaciones en el derecho en tanto instrumento moderno y occidental, crítica que también levanta, en su oportunidad, con las cuales coincido particularmente. No obstante, aclara que reconocerlas e identificarlas no implica renunciar al proyecto de su ampliación, a la ampliación de derechos en general.

Por su parte, Lisbôa resalta fundamentalmente un aspecto normativo del problema que nos ocupa. Le interesa hacer notar la capacidad del derecho de crear exclusiones, justamente por su facultad para construir categorías. Para la autora, las categorías clásicas del derecho, así como las separaciones dicotómicas sobre las cuales éste se asienta (derecho público/derecho privado) no solo son insuficientes, sino obsoletas para hacer frente a las demandas de justicia de los nuevos otros.

El texto “Seguir soñando sin dejar de ver lo obvio: otros y nuevos sujetos y personas desde la perspectiva latinoamericana”, inserta nuevas preguntas al debate que se viene dando hasta el momento en este número. Es incisivo en la idea de que la conversión en sujeto no ha garantizado

justicia para muchos de los sujetos que han sido, con antelación, reconocidos normativamente. Denuncia la existencia de *viejos sujetos* que sufren viejos y nuevos daños. Denuncia también que dentro de la consideración normativa de alguien/ algo como un sujeto, hay categorías que desnaturalizan la igualdad ante la justicia, y que siempre existieron sujetos valorados (jurídicamente y socialmente) como inferiores a otros.

Llama a una aplicación del derecho contrahegemónica, a descolonizar y a des-universalizar los discursos que circulan en la formulación de nuevas categorías. Propone, para encausar esta praxis, la categoría de *personas* antes que la de sujeto de derechos, por considerarlo un concepto dinámico y comprensivo de aspectos que exceden lo puramente jurídico.

Lisbôa entiende el problema del sujeto como un embrollo del cual será difícil salir, salvo que escapemos de la lógica colonial. Es por eso que enfatiza en los procesos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano en tanto se fueron dando como impugnaciones a formatos institucionales, jurídicos y políticos universalizantes. Hay en estos procesos latinoamericanos esfuerzos por superar la matriz colonial de pensamiento, y los Derechos de la Naturaleza contribuyen a esa dirección. En este punto me uno especialmente a los argumentos de la comentarista.

Lisbôa refuerza la idea de una necesidad de reparación, no de voces que no estuvieron, ni de unas que simplemente fueron desoídas, sino de voces, saberes, sujetos y personas que fueron soterradas sistemáticamente bajo un orden colonial.

Retomando a Fajardo, remarca la idea de que las recientes reformas de Ecuador y Bolivia se esfuerzan por “superar la ausencia de poder constituyente indígena desde la fundación republicana, así como para combatir el hecho de que fueron consideradas incapaces por diversos sistemas legales en América Latina.” (Lisbôa, 2023, sección 3).

Finalmente, suma a los dos casos jurisprudenciales que expone Berros, otros tres que ejemplifican la aplicación de nuevos derechos, nuevas lecturas institucionales y jurídicas por diferentes Cortes: Loja en Ecuador (2010), Ganges y Yamuna en India (2017), Atrato en Colombia (2016).

Hay una recurrencia en los interrogantes que nos plantea Lisbôa sobre ciertas violencias del derecho: ¿podrá el derecho, como institución moderna occidental, encontrar un punto de fusión con alternativas reales

para hacer frente a la crisis que la propia modernidad, racionalidad occidental nos trajo y sigue perpetuando? ¿Es el lenguaje del derecho apropiado para pensar salidas emancipadoras hacia la igualdad en la diferencia y la diversidad? (Galanzino y Lisbôa, 2021).

En definitiva, tanto Drivet como Lisbôa apuntan a ir más allá de la alternativa única de sujetos de derecho, pero sin abandonar su potencial, y desde diferentes miradas y alternativas. Lisbôa propone una lectura de la ampliación del reconocimiento de nuevos derechos a la luz del enfoque del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Por su parte, Drivet problematiza a partir de rastrear sus raíces y las connotaciones que ha adquirido la noción de sujeto a partir del siglo XVII (momento en consolida en antropocentrismo en la filosofía), cuestiona su pertinencia emancipatoria y propone la Ética Comunicativa Ampliada para cuidar de los nuevos otros.

Los consensos marcan, al modo de un metrónomo, los momentos de creación normativa de las sociedades. Pero en la historia de la humanidad sobre la tierra, no sólo consensos han delineado los conceptos que nos dirigen. En estos textos se hace referencia a casos jurisprudenciales, lo cual supone la existencia de un conflicto que se plantea ante un tribunal.

Me parece importante resaltar la relevancia la conflictividad en las disputas por los reconocimientos, ya que éstos plantean una diferencia en el reparto de la igualdad (Rancière, 1996). En ese sentido, también cumplen la función de friccionar las formas de lo posible (Haraway, 2019). En los casos del Delta del Paraná como en el caso Off Shore los reclamos y las peticiones que la parte actora hace a la Corte implican el planteamiento de un desacuerdo con el modo hegemónico de comprender un concepto tan “obvio” como el de sujeto o el de animal.

El conflicto es también una discusión en la diferencia. Una diferencia entre quienes plantean una humanidad diferida o diferente, entre quienes pretender conservar los conceptos que hacen este mundo posible de un determinado modo, y quienes desean y sueñan, como afirma Lisbôa, con hacer posible otros mundos.

Personalmente, considero que la perspectiva de Derechos de la Naturaleza, al pregonar que los derechos deben ser extendidos a otras entidades más allá de lo que entendemos por humanidad, nos obliga a revisar nues-

tras instituciones y herramientas jurídicas de una manera que contemple el vínculo histórico y violento de opresión que ha signado la relación naturaleza-cultura. Sobre todo, nos obliga a modificarnos y volver a pensar en nosotros, refundar el *Nossocentrismo* del cual nos habla Lisbôa.

Quienes se encuentren con estos textos, tendrán proximidad con un debate contundente, inevitable y actual sobre el enfoque de las demandas de los nuevos otros que irrumpen en lo más sólido de nuestras estructuras más rígidas (como el derecho privado en los sistemas jurídicos). Encontrarán también algunas respuestas para desandar pretensas obviedades sobre las cuales quizás sea inconveniente y cruel construir algún futuro.

Bibliografía

- Berros, M. V. (2023). Cuando lo obvio deja de serlo: Nuevos Sujetos y otros en el derecho contemporáneo. *Discusiones*, 31(2).
- Brand, U. y Wissen, M (2021). *Modo de vida imperial. Vida cotidiana y crisis ecológica del capitalismo*. Buenos Aires: Tinta Limón.
- Carman, M. (2017). *Las fronteras de lo humano: Cuando la vida humana pierde valor y la vida animal se dignifica*. Buenos Aires: Siglo XXI, Buenos Aires.
- Chakrabarty, D. (2018). Anthropocene Time, *History and Theory*, 57(1).
- Drivet, L. (2023). Desmontar el abismo entre Sujeto y Naturaleza. Sobre el extravío desnaturalizante de la subjetividad, *Discusiones*, 31(2).
- Foucault, M. (2012). *Nacimiento de la Biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)*. 3ra reimpresión, Fondo de Cultura Económica, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Galanzino, M. y Berros, M. V. (2022). Argumentos Innovadores para la tutela del Delta del Paraná, *La Ley*, Tomo 2022-E, Año LXXXVI, 192.
- Galanzino, M. y Lisbôa, N. de S.; (2022). En Busca de una democracia basada en la Justicia Ecológica: conflictos socioambientales como un problema de desigualdad social, *Revista Teoría Jurídica Contemporánea*, VII, DOI: 10.21875/tjc.v7i0.49073

- Gudynas, E. (2014). *Derechos de la Naturaleza Ética biocéntrica y políticas ambientales*. Perú: CLAES.
- Harvey, D. (2004). *El nuevo imperialismo*. Madrid: Akal.
- Haraway, D. (2022). *Seguir con el problema. Generar parentesco en el Chtuluceno*. 4ta Edición, Buenos Aires: Consonni.
- Krznaric, R. (2022) “*El buen antepasado*”. *Cómo pensar a largo plazo, en un mundo cortoplacista*. Madrid, Capitan Swing.
- Larrosa, J. Masschelein, J. y Simons, M. (eds.) (2011). *Jacques Rancière. La educación pública y la domesticación de la democracia*. Buenos Aires: Miño y Dávila Editores.
- Lisbôa, N. de S. (2022). Seguir soñando sin dejar de ver lo obvio: otros y nuevos sujetos y personas desde la perspectiva latinoamericana. *Discusiones*, 31(2).
- Medrano, C. y Vander Velden, F; (eds.) (2018). *¿Qué es un animal?*, 1ra Ed., CABA: Asociación Civil Rumbo Sur.
- Merlinsky, M. G. (2020). Los movimientos de justicia ambiental. La defensa de lo común frente al avance del extractivismo, *Voces en el Fénix* 6.
- Rancière, J. (1996). *El desacuerdo. Política y Filosofía*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Stone, C. (2009). ¿Los árboles deberían tener legitimidad procesal? Hacia un reconocimiento de los derechos legales de los objetos naturales. En G. Hardin, C. Stone, C. Rose y C. Crawford (Eds.), *Derecho ambiental y justicia social* (pp. 135-230). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, n° 340:1695, 01/12/2017. “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza s/ uso de aguas”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, n° 342:1203, 11/07/2019, “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, n° 343:726, 11/08/2020, “Equística Defensa del Medio Ambiente Aso. Civ. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, n° 344:174, 25/02/2021, “Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques Nacionales Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental”;

Corte Suprema de Justicia de la Nación, FA 21000230, 28/12/2021, “Asociación Civil por la Justicia Ambiental y otros c. Entre Ríos, Provincia de y otros s/amparo ambiental”.

Cuando lo obvio deja de serlo: nuevos sujetos y otros en el derecho contemporáneo

When the Obvious Ceases to be Obvious: New Subjects and Others in Contemporary Law

María Valeria Berros*

Recepción: 15/10/2022

Evaluación: 24/10/2022

Aceptación final: 24/10/2022

Resumen: En este texto presentamos algunos procesos que interpelan el derecho contemporáneo. En particular, nos concentramos en los nuevos sujetos de derecho y en la elasticidad del concepto otro que integra el principio general de no dañar. En un primer apartado analizamos los argumentos en torno a las innovaciones sobre subjetividades jurídicas y otros. En la segunda parte señalamos algunos desafíos que se presentan en incipientes procesos de litigación climática en Argentina en los que aparecen este tipo de conceptos. Finalmente, ilustramos el tema a partir de dos procesos judiciales en curso ante diferentes tribunales argentinos, enfatizando en las principales líneas argumentales utilizadas para el planteo de los conflictos. **Palabras clave:** Sujetos de derecho, Daños, Derecho Ambiental, Derecho Privado.

Abstract: This paper aims to present some processes that challenge contemporary law. In particular, we focus on the new subjects of law and on the elasticity of the concept of the other that integrates the harm principle. In the first section we analyze the arguments surrounding the innovations on

* Abogada y Doctora en Derecho, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina. Investigadora Adjunta del Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y Profesora en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina. Correo electrónico: vberros@fcjs.unl.edu.ar.

legal subjectivities and others. In the second part we point out some challenges that arise in incipient processes of climate litigation in Argentina in which this type of concepts appear. Finally, we illustrate the issue based on two ongoing legal proceedings before different Argentine courts, emphasizing the main lines of argument used for the presentation of the conflicts.

Keywords: Subjects of Rights, Damages, Environmental Law, Private Law.

1. Introducción

Más allá de la naturaleza y la cultura (Descola, 2012) se ha convertido en una obra clave de la antropología contemporánea. Bajo el mismo título, Descola brindó una conferencia que parte de una observación sobre el Museo de Ciencias Naturales de la Plata como institución que ofrece una excelente imagen del mundo tal como lo hemos concebido durante largo tiempo:

La planta baja del museo está enteramente dedicada a la naturaleza: en forma de radio y a partir de una rotonda central, se despliegan las galerías polvorientas y mal iluminadas de mineralogía, paleontología, zoología o botánica, de una riqueza probablemente sin igual en un museo sudamericano (...) Hay que subir al primer piso para ver hombres o, más exactamente, residuos dispersos de sus culturas materiales (...) La localización se impone: son aquí los pueblos amerindios los que dominan. Sin embargo, en el piso de la cultura las clasificaciones ya no cuentan con el bello rigor que regía las colecciones de la planta baja (...) El mensaje es claro: todavía reina aquí una confusión, una diversidad obstinada, que la etnología no ha sabido elucidar con la sistematicidad de la que dan prueba las ciencias de la naturaleza. Por caricaturesco que parezca este microcosmos de dos pisos, refleja bien el orden del mundo que nos rige desde hace al menos dos siglos (...) en esas clasificaciones ontológicas que realizamos a todo momento con el bello automatismo nacido de una larga interiorización del esquema dualista. Por un lado, un cantero de jacintos, un ciervo bramado o un aflojamiento granítico: la naturaleza. Por el otro, un ramo de flores, una cacería mayor, un diamante tallado: la cultura

(...) En el pequeño museo interior que nos sirve de modelo para ubicarnos en el mundo, no dudamos en ordenar a los primeros entre las colecciones de botánica, de zoología y de mineralogía y a los segundos en la rúbrica de las bellas artes, de la sociología o de la historia de las técnicas (Descola, 2010, pp. 1-3).

Los lentes que nos atraviesan para separar lo humano y no humano en dos polos (Latour, 1997) parecen encarnarse en la lógica de construcción de este museo y, en general, de los museos de ciencias naturales.¹ Ahora, la observación de Descola no se queda allí, sino que efectúa, entre otras, una referencia al campo del derecho que es pertinente para reflexionar sobre algunos de los procesos que interpelan la teoría jurídica en la actualidad. De hecho, retomar la idea de que la regulación tanto formal como sustancial cambia de contenido rápidamente conforme las necesidades de cada época (Hermitte, 1995) permite interrogarnos: ¿cómo cambia el derecho al tiempo que se difuminan las fronteras entre naturaleza y cultura que otrora no indagábamos, al menos en el Occidente moderno?

En ese sentido, el propio Descola en su conferencia remite al derecho como uno de los ámbitos en los que existe una disputa clave en torno a la separación entre humanidad y animalidad (Descola, 2010, p. 80). En este campo se debate sobre el estatuto jurídico de los animales (Kemelmajer, 2015; Berros, Haidar y Galanzino, 2017), se inician causas judiciales que abogan por su reconocimiento como sujetos de derecho mediante la interposición de acciones de habeas corpus y de amparo,² o bien impulsando reformas legales,³ A la cuestión animal es posible sumar las experiencias de

¹ Resultan sintomáticos los procesos de renovación sobre el rol y contenido de este tipo de museos que se ven interpelados, entre otros temas, por la grave crisis ambiental que atravesamos. En ese sentido, véase por ejemplo, la reconfiguración del Museo de Ciencias Naturales F. Ameghino de la ciudad de Santa Fe: <https://www.museoameghino.gob.ar/>.

² En relación a este tema he venido desarrollando una línea de trabajo interdisciplinar entre derecho y antropología que resultó en la publicación de los siguientes trabajos: Carman, M. y Berros, M. V., 2018, 2021 y 2022.

³ Una experiencia emblemática en ese sentido es el texto definitivo que fue sometido a plebiscito en Chile y que, en su artículo 131, establecía: “Los animales son sujetos de especial protección. El Estado los protegerá, reconociendo su sintiencia y el derecho a vivir una vida libre de maltrato (...)”. Recuperado de <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>.

reconocimiento de derechos de la naturaleza que, desde la reforma constitucional de Ecuador en 2008,⁴ viene robusteciéndose en diferentes latitudes de la región y del mundo, como por ejemplo, Chile que plebiscitó un texto constitucional que incluía esta ampliación de derechos.⁵

Así, la teoría del sujeto ha dejado de ser obvia: existe un prolífico escenario en el que se montan nuevas subjetividades. Buena parte de ellas se relacionan con uno de los grandes desafíos de nuestra época: ¿cómo podemos/queremos vivir para tener futuro en este planeta?

En sintonía, otras ideas jurídicas resultan interpeladas como, por ejemplo, quien es ese otro al que se dirige el principio de no dañar (De Lorenzo, 2013, 2019). El otro, el *alterum*, suele ser un concepto también tenido por obvio y que ocupa poco espacio en las discusiones del derecho de daños. Sin embargo, al ritmo en que se amplían los sujetos también ha visto elástico su significado. La lista es amplia y no cerrada y muchos de esos otros se relacionan con la cuestión ecológica: las generaciones futuras, la naturaleza, los animales e, incluso, podría pensarse en conceptos aún más complejos como lo es el sistema climático que no solo posee un rol cardinal en la agenda global ambiental sino en la argumentación de un creciente número de causas judiciales.⁶

Es clara la existencia de vasos comunicantes entre ambos temas: se trata de conceptos caros al derecho privado que se ve interpelado por estos debates que resultan cada vez más prolíficos. Si bien buena parte de las discusiones podrían vincularse al derecho ambiental y a los temas que este abarca, como el daño ambiental o bien el reconocimiento de nuevos sujetos como lo son las futuras generaciones o la naturaleza, las bases que

⁴ La Constitución de la República del Ecuador reconoce los derechos de la naturaleza o de la Pachamama en su texto de 2007. Véase especialmente el artículo 71 y siguientes en https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf.

⁵ El texto que aprobó la asamblea constituyente chilena, pero que no logró aprobación en el plebiscito del 4 de septiembre de 2022, reconocía los derechos de la naturaleza (art. 127 inc. a) y creaba la Defensoría de la Naturaleza (art. 148 y siguientes). Texto completo recuperado de: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>.

⁶ Es cierto que dentro de esos nuevos otros aparecen una pluralidad de cuestiones que no vamos a abordar en este trabajo como, por ejemplo, los robots, androides y otras formas de inteligencia artificial que ya han generado importantes debates sobre su carácter jurídico (Bourcier, 2001; Desmoulin-Canselier, 2017).

permiten pensar estos temas se encuentran muy ligadas al derecho privado. Esto permite renovar los temas sobre los que presta atención este último y asignarle un espacio relevante en el debate sobre el heterogéneo campo de innovaciones jurídicas en torno al problema ambiental (De Lorenzo, 2019; Kemelmajer, 2015; Picasso, 2015; Saux, 2016).

En este texto presentamos algunas de las implicancias de estos procesos para, luego, concentrarnos en cómo este tipo de argumentos se están utilizando en casos actuales en Argentina. En un primer apartado repasamos los argumentos en torno a las nuevas subjetividades jurídicas. En la segunda parte señalamos algunos desafíos que se presentan en los incipientes procesos de litigación climática. Finalmente, ilustramos el tema a partir de dos casos en curso ante diferentes tribunales argentinos, enfatizando en las líneas argumentales utilizadas para el planteo de los conflictos.

2. Los ¿nuevos? sujetos de derecho

¿Quiénes pueden ser sujetos de derecho? No es la primera vez que esta pregunta se plantea: cuando, por ejemplo, las personas jurídicas irrumpieron en el mundo del derecho existió también un extenso debate al respecto. Ahora bien, la reforma constitucional ecuatoriana, seguida por la legislación boliviana que reconoce derechos de la Madre Tierra entre 2010 y 2012,⁷ revitalizó la discusión en torno a ese interrogante. Esto se profundizó a la luz de la creciente cantidad de regulaciones que replican este tipo de ampliación de derechos o modifican el estatuto jurídico de los animales, así como las decisiones judiciales que reconocen a ciertos ecosistemas como sujetos, les nombran guardianes, etc.⁸ Si la dicotomía que dio cuerpo

⁷ Ley de Derechos de la Madre Tierra nro. 71 de 2010 (recuperada de: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/71>) y Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para el Vivir Bien de 2012 de Bolivia (recuperada de: <http://www.planificacion.gob.bo/uploads/marco-legal/Ley%20N%C2%B0%20300%20MARCO%20DE%20LA%20MADRE%20TIERRA.pdf>).

⁸ Sobre este punto es interesante destacar que en América Latina no solo se identifican casos judiciales que reconocen derechos, sino también una línea jurisprudencia abierta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina que incorpora la perspectiva ecosistémica y efectúa una crítica al antropocentrismo a la vez que amplía el número de casos en los

a la descripción del museo platense comienza a fisurarse, podría decirse que las sostenidas normas que ubican a la naturaleza de un costado y a la sociedad del otro también comienzan a tensionarse en múltiples sentidos.

Existe un conjunto importante de esfuerzos por vincular este tema tanto a contribuciones del ámbito de la ética ambiental⁹ y animal,¹⁰ como a su rol en el marco de discusiones constitucionales y democráticas que concluyen con normas que reconocen derechos de este tipo.¹¹ A su vez, también se observa cierta mirada hacia atrás por parte de la doctrina. De hecho, esta prolífica experiencia actual ha generado interés sobre obras que proponían un giro en ese sentido hace algunas décadas. Particularmente, el célebre artículo de Christopher Stone que preguntó si los árboles podrían tener legitimidad procesal, *standing* (Stone, 1972). Si bien suele disponerse este texto como central es cierto que, en otras latitudes, en paralelo, se proponían similares ideas. Así el caso, por ejemplo, de América Latina (Stutzin, 1984) y de Europa (Hermitte, 1988). Revisar hacia el pasado llevó a identificar estas contribuciones ocupadas en cómo tutelar la naturaleza o la biodiversidad al calor de los primeros datos alarmantes sobre el estado del planeta.

La mirada, en ocasiones, incluso se posó varios siglos atrás para mostrar cómo ha variado, a lo largo del tiempo, el estatuto legal de los animales. No es del todo una novedad el carácter ambivalente del derecho en cuanto a las relaciones humano/animal. De hecho, los animales están hoy asociados a diferentes conceptos: cosa semoviente, cosa apropiable, seres sensibles o sintientes, sujetos pasibles de ser condenados ante tribunales. Esto último remite a la Edad Media, los juicios contra animales aparecen asiduamente en los textos que problematizan este tema: “Sea como fuere se ejecutaron

que aplica el principio *in dubio pro natura* e *in dubio pro acqua*. Véase un trabajo anterior que profundiza sobre la multiplicidad de caminos para el reconocimiento de derechos de la naturaleza en América Latina (Berros y Carman, 2022).

⁹ Algunos textos considerados pioneros en este ámbito son: Callicott, 2013, 1998 y 1989; Naess, 1973, 1989 y 1995; Taylor, 1989; Leopold, 1999 y 1949; Callicott, 1987.

¹⁰ Para una introducción al tema, véase Afeissa y Jeangène Vilmer, 2013 y Jeangène Vilmer, 2011.

¹¹ En un trabajo previo hemos relacionado el reconocimiento de los derechos de la naturaleza con propuestas más amplias, como ha sido la experiencia tanto en Ecuador como en Bolivia. Véase, Haidar y Berros, 2015. A su vez, existen trabajos focalizados especialmente en el rol de los pueblos indígenas en estos procesos constituyentes, por ejemplo, Resina de la Fuente, 2014.

animales y hasta se sometió a tortura y se obtuvo la confesión de una cerda. Los tribunales citaban y sancionaban a sanguijuelas, ratas y otras plagas” (Zaffaroni, 2011). Claramente este tipo de juicios no implicó que se hayan reconocido derechos a los animales, sin embargo, dista de la idea del derecho moderno: no se trata solo de cosas que puedo apropiarme o sobre las que respondo si generan un daño.

Entre ese pasado medieval de los animales en los estrados y las alertas sobre el estado del ambiente que comienzan a encauzarse cada vez con más fuerza desde las últimas décadas del siglo XX existen algunos otros insumos valiosos. De hecho, el último juicio a un animal (un perro) del que se tiene registro fue en 1906 en Suiza (Carson, 1917) y no tan lejos como se suele creer. Cercano a ese inicio de siglo, y desde el derecho privado, se desarrollaron algunos aportes interesantes para traer a la actualidad a la hora de repensar la categoría sujeto de derecho. Es el caso de René Demogue: en su obra sobre las nociones fundamentales de derecho privado incorporó algunas claves que bien pueden servir de apoyo para traer del confinamiento a ciertas categorías jurídicas consideradas obvias (Demogue, 1911). ¿Por qué tendrían tal carácter? Tal vez, como el mismo autor proclamaba, por ser una de las bases esenciales de las construcciones jurídicas tradicionales.

Conforme su punto de vista,

hemos tomado el caso más simple que se nos ha presentado a nuestros espíritus: el hombre como sujeto de derecho, y hemos generalizado esta idea. Felizmente, hemos admitido que todo hombre posee dicha cualidad. Pero hemos también limitado esta teoría diciendo que el hombre viviente es el único sujeto de derechos. Hemos concluido, lógicamente, que los muertos no tienen ninguna cualidad jurídica, todo pertenece a la vida, y que, de otra parte, todas las generaciones que nos suceden y por las cuales nosotros sentimos el deber de trabajar, no tienen ellas mismas ninguna personalidad por el momento (Demogue, 1911, p. 323).¹²

¹² Traducción propia.

¿Sería posible hoy pensar, por ejemplo, que las generaciones futuras no tuvieran un lugar en nuestros sistemas legales y que, a su vez, oficiaran como límite respecto de las decisiones del presente? Para el derecho ambiental se trata de un sujeto constitutivo: asegurar el futuro difícilmente podría encarnarse solo en el objetivo de evitar ciertas cantidades de gases efecto invernadero o la extinción de un porcentaje creciente de especies. El futuro se asocia a la equidad intergeneracional y se puede analizar desde varios ángulos: las generaciones futuras como un sujeto transtemporal, las generaciones actuales como responsables frente a ellas, las generaciones porvenir como un otro al cual no dañar. Cualquiera sea el acento preponderante, es cierto que aparece una dimensión que interpela al derecho privado: hablamos de relaciones jurídicas intergeneracionales, con un pie en el presente y otro en un futuro no del todo determinado. Varias de las dimensiones de lo que habitualmente estudiamos al abordar las relaciones jurídicas se encuentran con desafíos nuevos desde esta óptica que interpelean puntualmente a las bases constitutivas del derecho privado.¹³

Marie-Angèle Hermitte retomó a Demogue un siglo más tarde para preguntarse si la naturaleza puede ser considerada como sujeto de derecho (Hermitte, 2011). Ella, a su vez, efectuó una observación: ¿por qué cuando se estudia derecho directamente se remite a la clasificación de las personas en físicas y morales y casi no nos detenemos a pensar que es común para ambas? Entiende así que nuestro conocimiento sobre el sistema jurídico posee ciertas limitaciones:

si queremos tener una visión acabada del sistema jurídico, debe estar representado en una primera posición el sujeto de derecho, incluyendo las personas físicas y jurídicas que no son sino modalidades de existencia situadas a un nivel lógico inferior. En el marco de esta concepción técnica, la cualidad de sujeto de derecho puede ser conferida en tanto que sea necesaria, particularmente a todo aquello que está vivo, portador de necesidades propias para asegu-

¹³ Existen obras que puntualmente se enfocan en esta vinculación, véase especialmente Gail-
lard, 2011.

rar la supervivencia del individuo, de la población o de la especie, lo que no implica satisfacer a todos (Hermitte, 2011, p. 175).¹⁴

Del mismo modo que las personas humanas, luego de largas luchas por la emancipación, son unánimemente reconocidas como sujetos de derecho, existen pocos problemas para efectuar consideraciones parecidas respecto de las generaciones futuras. Tal vez por cierta línea de continuidad, encarnada en nuestros lentes modernos.¹⁵ Sin embargo, ¿puede pensarse en el porvenir de las generaciones humanas sin la incorporación de la diversidad de seres, ecosistemas, etc. con los que compartimos el planeta? El debate, en cambio, sí se dificulta y genera más reacciones cuando se trata de la naturaleza o de los animales. Tornarlos sujetos fricciona las bases cardinales de nuestro derecho vigente, aunque en constante transformación. Sin embargo, se trata de creaciones que fueron resultado de debates constituyentes y democráticos, en muchos de los cuales han permeado miradas menos dicotómicas entre naturaleza y sociedad. Este tipo de iniciativas jurídicas también pueden verse como un indicador significativo de la transformación del pensamiento social en sintonía con una de las ideas centrales de Emile Durkheim (1902).

3. El creciente número de otros

¿A qué otros se dirige el principio de no dañar? La proliferación de otros que no deben ser dañados ya ha sido objeto de reflexiones a través de la enumeración de un conjunto cada vez más prolífico: generaciones futuras, naturaleza, especie humana, humanidad, pueblos originarios, habitantes,

¹⁴ Traducción propia.

¹⁵ Existe un ejercicio interesante sobre el significado de la palabra habitante contenida en el artículo 41 de la Constitución Nacional. Anibal Falbo se ha preguntado por qué presuponemos que los habitantes son únicamente las personas humanas, ¿un re-análisis de este vocablo permitiría reinterpretar nuestra carta Magna desde el prisma ecocéntrico? ¿Por qué no nos hicimos antes esta pregunta? En sus palabras: “En definitiva, puede afirmarse que la ruptura con el antropocentrismo mental y el ingreso a la visión biocéntrica (ecocéntrica o también podríamos llamarla planetaria) determinará que, hasta donde nos vaya permitiendo (densa, pesada y obstructiva) la mente, se irá comprendiendo que ahora el papel central lo va ocupando la Naturaleza, no ya el humano” (Falbo, 2017, p. 142).

colectivo que titulariza los derechos de incidencia colectiva, animales, patrimonio cultural, sociedad.

La enumeración –simplemente enunciativa– pone en evidencia el notable ensanchamiento de los confines del principio de no dañaracaecido en la última década y, en paralelo, advierte al civilista contemporáneo la necesidad de una nueva perspectiva sobre los bienes jurídicos (De Lorenzo, 2019, p. 1).

El derecho privado argentino ha dado respuestas innovadoras a este tema, por ejemplo, a través de su proceso de constitucionalización (Kemelmajer, 2011) que oficia hoy como obertura del cuerpo legal;¹⁶ o al establecer limitaciones específicas en el ejercicio de derechos sobre bienes en artículo 240 del Código Civil y Comercial de la Nación:

Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del 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 previstos en la ley especial.

Este texto permite articular el sistema ambiental, los derechos de incidencia colectiva –titularizados por un colectivo lo que implica incorporar una variable transpersonal– y los denominados “micro-bienes ambientales”:

El ambiente es un “macro-bien”, y como tal es un sistema, lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas (...). Los “micro-bienes” son partes del ambiente, que en sí mismos tienen la característica de subsistemas, que presentan relaciones

¹⁶ El artículo 1 del Código Civil y Comercial establece: “Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

internas entre sus partes y relaciones externas con el macro-bien. En esta categoría subsumimos la fauna, la flora, el agua, el paisaje, los aspectos culturales, el suelo, etc. La biodiversidad, por ejemplo, es un micro bien, que tiene relaciones internas con todos los aspectos que la integran, pero asimismo, es un asunto horizontal que influye y está presente en varios de los otros microbienies, como la flora y la fauna (Lorenzetti, 2008, p. 16).

Temas puntuales como el agua y el paisaje ya fueron identificados como difíciles de asir por parte del campo del derecho, tal y como lo demuestra la evolución de la normativa y de la jurisprudencia en ambos casos (Lorenzetti y Lorenzetti, 2018).

A su turno, el creciente número de normas y de planteos judiciales enfocados en el cambio climático nos permite interrogarnos sobre la posibilidad de insertarlo en esta discusión: ¿el sistema climático como otro, un *alterum*, destinatario del principio general de no dañar? Es muy difícil pensar que el cambio climático pueda convertirse en un sujeto, incluso es complejo para el derecho lograr asirlo en tanto objeto (Hermitte, 2018). ¿Cómo podría considerarse una cosa si no tenemos materialidad, ni localización? ¿Es posible tratarlo como una cosa inmaterial y, en tal caso, de qué modo? Resulta interesante señalar que el cambio climático ha sido catalogado dentro de un creciente conjunto de asuntos considerados híbridos por manifestarse a partir de una suerte de *imbroglio* del que participan la ciencia, la política, la economía, la religión, la técnica, el derecho, la ficción (Latour, 1997, p. 9). Esta caracterización resulta pertinente si atendemos al contenido de las agendas de debate sobre el calentamiento global, en la que aparecen estos y otros discursos, muchas veces contrapuestos entre sí. Las traducciones hacia el campo legal sobre este tema son indiscutibles, especialmente atendiendo a la evolución que, desde 1992, posee la Convención Marco sobre Cambio Climático –que fue ratificada por Argentina por medio de la Ley n.º 24.295– y sus Conferencias de Partes (COP) que dieron lugar a distintos acuerdos desde entonces.¹⁷ Sin embargo, aún con este

¹⁷ Estos acuerdos han sido incluso parte de las referencias de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia nacional: “En su texto se tuvo presente que para dar una respuesta ‘progresiva y eficaz a la amenaza apremiante del cambio climático’ debía reconocerse la

conjunto de normativas y el diseño de instituciones que ha ido avanzando en los últimos años en todas las escalas regulatorias y espacios de gobierno, es cierto que este tema permanece aún como de difícil aprehensión para el campo jurídico (Hermitte, 2018).

Las razones de esta dificultad pueden asociarse a diferentes causas. Una de ellas, la complejidad de trabajar con el concepto de cambio climático, que es un proceso, en el marco de las categorías jurídicas existentes que se posan más sobre dicotomías como cosa/sujeto que sobre relaciones y procesos. En ese sentido, por ejemplo, resulta más sencillo pensar en el tema en tanto derecho de la humanidad a un clima sostenible o bien como activo ambiental. La mirada mercantilista presente, verbigracia, en el Protocolo de Kioto redundó en la generación del mercado de bonos de carbono.¹⁸ A su vez, existieron propuestas basadas en la no emisión de gases como el Proyecto Yasunni ITT en Ecuador (Le Quang, 2013) o bien tímidas apariciones del tema al momento de las negociaciones de deudas externas (Girardin, 2021). Otra, la hasta ahora casi vacante relación entre las causas y consecuencias del calentamiento climático al interior, por ejemplo, de causas judiciales. De hecho, existe un sinnúmero de acciones frente a la justicia en los que la deforestación es central, o bien lo son los daños de diverso tipo asociados a grandes inundaciones. Sin embargo, solo recientemente ese vacío de articulación entre problemáticas ambientales de estas características –que pueden ser pensadas en términos de motivos y resultados– y el cambio climático comienza a ser objeto de atención. Así, verbigracia, el territorio deforestado no solo se relaciona con la pérdida de biodiversidad, las consecuencias en términos de uso del suelo, entre otras, sino también con la contribución a empeorar la situación climática. Algún razonamiento

“importancia de evitar, reducir al mínimo y afrontar las pérdidas y los daños relacionados con los efectos adversos del cambio climático, incluidos los fenómenos meteorológicos extremos y los fenómenos de evolución lenta, y la contribución del desarrollo sostenible a la reducción del riesgo de pérdidas y daños (art. 8° del Acuerdo de París, 12/12/2015, 21° Conferencia de las Partes (COP) de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático)” (Barrick Exploraciones Argentinas, 2019).

¹⁸ El comercio de emisiones es uno de los ejes del Protocolo de Kioto de 1997 que entró en vigor en 2005. Véase especialmente: <https://unfccc.int/process/the-kyoto-protocol/mechanisms/emissions-trading>

similar sería viable ante inundaciones, pensadas como consecuencias palpables del calentamiento global.

Ese vínculo puede visualizarse cada vez de manera más clara en el ámbito de la litigación y Argentina comienza a transitar ese camino. En algunos planteos judiciales recientes empieza a tematizarse y debatirse sobre el cambio climático, anudando una serie de particularidades y características que dan cuenta de la discordancia que existe entre ciertos acuerdos y su efectiva implementación, así como la construcción social y conflictividad existente sobre este tema en diferentes lugares del mundo. Es en esa intersección en la que la presentación de demandas judiciales reviste centralidad, y puede ser observada tanto como un emergente del fracaso de la implementación a nivel local de acuerdos globales, o bien como una nueva manera de pensar la cuestión ecológica que pretende constituirse de modo más integral. ¿También podría el derecho privado acercarse a este tema a partir de la consideración del sistema climático como un otro a tutelar?

4. Una ilustración a partir de dos causas judiciales en curso

Ensanchamiento de los sujetos, problematización de los otros a los que se dirige el principio general de no dañar forman parte de la fisonomía no sólo de las discusiones de la doctrina sino de planteos judiciales recientes en Argentina. Hasta hace poco tiempo, las generaciones futuras y el principio de equidad intergeneracional aparecían como un argumento más dentro de varios otros considerados centrales.¹⁹ Hoy, tanto a nivel global como en nuestro país un actor social está ganando terreno en los estrados judicia-

¹⁹ Es cierto que en jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la cuestión de la intergeneracionalidad ha ido creciendo, por ejemplo, en el caso *La Pampa, 2020*, afirmó “la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una solución que prevea las consecuencias que de ella se derivan”; en el caso *Buenos Aires, 2019*, explicitó “En tanto, entre otros, hay que tener en cuenta diversos aspectos económicos, sociales, políticos, y de ingeniería (A. 10, L. 25.675), que hacen a la sustentabilidad y funcionalidad del ecosistema (art. 240, Código Civil y Comercial de la Nación), sino también el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente”.

les: las juventudes, niños y niñas y las generaciones que les suceden. A su vez, los animales y ecosistemas asomaban en las demandas como objetos de protección. Actualmente, sin embargo, existen algunos casos que han tramitado habeas corpus o amparos a favor de grandes simios,²⁰ así como procesos en curso en los que es una especie quien realiza el reclamo como es el caso del yaguareté ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.²¹ Por último, el litigio climático también comienza a integrar las filas de los litigios ambientales en Argentina. La deforestación, los incendios, etc., ya no solo remiten a la destrucción de ecosistemas sino también a sus efectos en términos de aporte al calentamiento global. Del mismo modo, nuevos proyectos extractivos comienzan a ser contestados judicialmente considerando esta emergencia de argumentos. Esto se visualiza en dos casos recientes que vienen teniendo mucha visibilidad social, lo que se traduce en una creciente movilización ciudadana y de organizaciones de la sociedad civil y en una proliferación de acciones judiciales. Esto es otra novedad: cada vez es más recurrente la presentación de diversas demandas ante la justicia relacionadas con un mismo caso. Esto permite observar modos variados de argumentación y, entre ellos, aparecen cada vez con más énfasis aquellos vinculados con la subjetivación de lo no humano, la intergeneracionalidad y el cambio climático. A continuación, comentamos dos casos en trámite en los que estas líneas argumentales son medulares.

²⁰ Orangutana Sandra, 2014; Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros, 2015; Presentación efectuada por AFADA respecto del chimpancé Cecilia sujeto no humano, 2016.

²¹ Esta causa judicial fue presentada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que convocará a una audiencia pública en el curso de este año: <https://eleconomista.com.ar/politica/la-corte-suprema-convocara-cuatro-audiencias-publicas-n50316>. Es interesante señalar que la causa es presentada del siguiente modo en la demanda: *En representación de la especie Yaguareté* que habita la ecorregión del Gran Chaco argentino, especie integrante de la Naturaleza (conformada por menos de 20 sujetos vulnerables), y, *en subsidio*, en ejercicio de la personería y representación invocada de la Fundación Greenpeace Argentina, interponemos la presente acción de amparo contra las Provincias de Salta, de Chaco, de Formosa, de Santiago del Estero y contra el Estado Nacional y la Administración de Parques Nacionales (texto de la demanda, p. 2, el resaltado es propio).

4.1. El Delta del Paraná

Año 2020, pandemia mediante, las imágenes de los incendios en el Delta del Paraná se sucedían día a día. Distintas organizaciones sociales y personas fueron presentando acciones judiciales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se declaró competente por el carácter interjurisdiccional del conflicto y requirió una serie de medidas en agosto de 2020.²² A fines de 2021 la Corte decidió acumular las causas.²³ El tipo de argumentos dispuestos en las diferentes acciones judiciales fue diverso, lo que permite visualizar la multiplicidad de herramientas disponibles en nuestro ordenamiento jurídico para encuadrar un caso de estas características.

Una de las demandas, iniciada por tres niñas y dos niños representados por sus madres o padres y dos organizaciones no gubernamentales, el Foro Ecologista de Paraná y la Asociación Civil por la Justicia Ambiental, articula todos los argumentos que hemos ido reseñando. La parte actora involucra a las infancias:

Quienes inician esta acción en consonancia con el principio de la equidad intergeneracional bajo el símbolo de que no sea su generación la que sufra la sobrecarga desproporcionada del calentamiento global, como asimismo en los principios de solidaridad, participación y en el interés superior del niño. Quienes serán la generación futura que enfrentará los efectos del cambio climático en el período 2030 en adelante hoy se presentan en esta acción y lo hacen por estrictos criterios procesales, bajo la representación de sus padres.²⁴

Por una parte, solicita que el Delta del Paraná sea declarado sujeto de derecho y se le nombre un guardián. A su vez, que se reconozca su valor esencial para hacer frente al cambio climático y afirma que la demanda

²² Equística Defensa del Medio Ambiente Asoc. Civ., 2022.

²³ Asociación Civil por la Justicia Ambiental, 2021; Cesanelli, Valentín y otros, 2021; Favario, Iván Leopoldo y otro, 2021; Peyrano, Marcos Lisandro, 2021; Asociación Civil con Personería Jurídica Objetivos Rosario, 2021.

²⁴ Demanda "Asociación Civil por la Justicia Ambiental y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ amparo ambiental", 2020, p. 4.

interpuesta se integra al campo de los llamados “litigios climáticos, por las pérdidas y daños que significan para nuestra humanidad”.²⁵

Declare Sujeto de Derecho al “Delta del Paraná”, ecosistema esencial para la mitigación y adaptación al cambio climático, en la totalidad de su Superficie la que alcanza a los 22.587 km2 y se desarrolla sobre la margen nororiental de la provincia de Buenos Aires, el sur de Entre Ríos y una porción relativamente pequeña del oeste de Santa Fe (...) Haciendo especial hincapié su carácter de ecosistema esencial para toda la región. Esto es así, especialmente, en lo que hace a sus servicios ecosistémicos relativos a la mitigación y la adaptación al cambio climático (...) Designe bajo la órbita del Estado Nacional la figura de “guardián” del Sujeto Delta del Paraná, a fin de controlar la conservación y uso sustentable del humedal en su integridad, el que deberá designarse con la previa conformación de un pacto intergeneracional con cargo de suministrar información en forma periódica a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el cumplimiento de su sentencia y secuelas necesarias.²⁶

Estos párrafos resumen, en alguna medida, las líneas argumentales cardinales del planteo judicial. La cuestión intergeneracional es uno de los primeros ejes que se desarrolla para justificar la legitimación de niños y niñas y su representación de las generaciones futuras, ese nuevo sujeto u otro que no debe dañarse:

Estos niños demandan por la aplicación del principio de equidad intergeneracional y el principio de solidaridad. Estos niños son conscientes que el quemar y acabar con el monte isleño significa también alterar el ciclo del agua, saben que ese gran humedal es el encargado principal de regular las bajantes y crecientes de nuestro río, que ese sistema a manera de esponja acompasa las variantes de él y que, con las quemadas, se corre el riesgo de

²⁵ Demanda “Asociación Civil por la Justicia Ambiental y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, 2020, p. 44.

²⁶ Demanda “Asociación Civil por la Justicia Ambiental y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, 2020, p. 5.

perder esa cualidad y que cada árbol quemado, no es solo una pérdida de absorción de dióxido de carbono, sino que libera todo el que había almacenado a lo largo de su vida. Saben además que quemar nuestras islas, es contribuir al cambio climático. Y que cada pie de ganado que está alimentándose y criándose en estos territorios contribuye notablemente a la producción de gases de efecto invernadero. Es entonces en este planteo que decimos que las generaciones futuras son un sujeto de derecho colectivo, inexistentes actualmente, pero sujetos transtemporal y transespacialmente representados. Son titulares de derechos, son acreedores de las generaciones presentes, quienes, en virtud del principio de equidad intergeneracional, art 4 ley 25675, deben transmitirle un volumen patrimonial de bienes equivalente al que recibieron.²⁷

Luego, se efectúa un esfuerzo argumental por caracterizar al humedal como un organismo vivo pasible de ser considerado como sujeto de derecho. No se trata de la naturaleza, de una especie o de un animal sino de un ecosistema específico. Así como jurisprudencia de otros países de la región ha ido generando precedentes en este sentido,²⁸ el caso se enfoca en aportar razones para la subjetivación del delta. Se advierte cierto aire de familia con algunos de los argumentos que se utilizan en los habeas corpus para la liberación de grandes simios: probar que se nos parecen en múltiples formas. Por ejemplo, la demanda afirma que: “Al igual que el cuerpo humano el Delta del Paraná posee sistemas y aparatos. Su sistema circulatorio: NO solo es un organismo vivo, sino que el mismo posee PULSO”.²⁹

Este tipo de argumentos, que se basan generalmente en informes técnicos y científicos, ya ha sido visto como uno de los tres caminos del

²⁷ Demanda “Asociación Civil por la Justicia Ambiental y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, 2020, p. 13.

²⁸ Entre las sentencias judiciales han avanzado en ese sentido resulta importante resaltar el caso STC 4360/2018 de Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, dado que se lo considera el primer caso climático en América Latina y también articula la equidad intergeneracional con el cambio climático a la vez que reconoce a la Amazonía colombiana como un sujeto de derecho.

²⁹ Demanda “Asociación Civil por la Justicia Ambiental y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, 2020, p. 14.

animismo jurídico (Hermitte, 2018). Si bien se suele presentar el reconocimiento de derechos de la naturaleza asociado a experiencias vinculadas ciertas cosmovisiones de pueblos indígenas, como han sido el caso de Ecuador o de Bolivia, también es cierto que no se trata del único sendero posible. En efecto, una mirada más extensa de este proceso en distintas latitudes permite esbozar que existen también experiencias de orden más religioso como es, por ejemplo, el caso de la India o bien bases de carácter científico que permiten fundar procesos de subjetivación procesal y de fondo como, verbigracia, la creación de áreas naturales protegidas (Hermitte, 2011).

En relación al argumento climático la demanda aporta dos cuestiones: por un lado, la multiplicación de incendios al decir: “El daño del territorio que hoy ardió en llamas sin dudas es un avance, pero para contribuir al Cambio Climático”;³⁰ y, por otro, la práctica de ganadería intensiva.³¹ No se trata de un caso de incendios sino que esos incendios se despliegan como contribución a la alteración del clima. A su vez, en cuanto a las quemadas, proponen una mirada ecocéntrica del problema:

La quema de pastizales, con la consiguiente quema de monte nativo, expresa un desastre ambiental de innumerables consecuencias sobre el Delta del Paraná: pérdida de salinidad del suelo, alteraciones en el clima, aumento de escorrentías, mayores emisiones de gases de efecto invernadero a la atmósfera, extinción de especies forestales y animales de gran valor, pérdida de biodiversidad, pérdida de sustento económico e incluso de entorno paisajístico.³²

Son de una magnitud incuantificable las consecuencias que las quemadas de monte nativo pueden tener sobre los componentes ambientales y sociales de una determinada región. Esta relevancia

³⁰ Demanda “Asociación Civil por la Justicia Ambiental y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, 2020, p. 49.

³¹ La vinculación entre cría de ganado y cambio climático es reconocida desde hace tiempo. Véase el informe “La larga sombra del ganado. Problemas ambientales y opciones” publicado por la FAO en 2006: <https://www.fao.org/3/a0701s/a0701s.pdf>

³² Demanda “Asociación Civil por la Justicia Ambiental y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, 2020, p. 51.

ecológica conlleva el desafío de integrar lo jurídico hacia una nueva mirada de protección, a partir de una visión amplia y siempre bajo el señero del ecocentrismo.³³

4.2. El caso *off shore*

Año 2021. El 30 de diciembre el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Nación publicó la Resolución n.º 436/2021 que aprueba la realización de un proyecto de exploración sísmica *offshore* presentado por la empresa noruega Equinor: serían las primeras exploraciones de este tipo en aguas profundas y ultra profundas del Mar Argentino. Son conocidos los riesgos asociados a este tipo de actividad con lo cual rápidamente la sociedad se movilizó para impedir que se lleve a cabo.³⁴ Así, la aprobación de la exploración de combustibles fósiles en alta mar dio lugar a varias demandas judiciales en las que si bien el fin último es detener el proyecto y que se declare la nulidad de las normas que lo autorizan, las líneas argumentales de los casos son variadas. Del conjunto de casos aquí nos detendremos en dos: uno de ellos enfocado en la cuestión climática y otro en la afectación de la ballena franca austral, monumento natural nacional.³⁵

Los primeros días de 2022, integrantes de la Asamblea Mar Libre de Petroleras, junto a abogados y abogadas ambientalistas autoconvocados, presentaron en la justicia federal de Mar del Plata un habeas corpus. Resuena aquí la acción a la que se dio lugar en 2014: el famoso “caso Sandra” (Orangutana Sandra, 2014). Este caso, sin embargo, fue rechazado *in limine* en la primera instancia y luego la Cámara interviniente lo recondujo

³³ Demanda “Asociación Civil por la Justicia Ambiental y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, 2020, p. 53-54.

³⁴ Es importante señalar que la sociedad ya estaba movilizada y en conocimiento de este tema desde que por medio del Decreto n.º 872/2018 el Poder Ejecutivo Nacional instruyó a la entonces Secretaría de Gobierno de Energía, dependiente del Ministerio de Hacienda, a que llamara a un concurso público internacional para la adjudicación de permisos de exploración para la búsqueda de hidrocarburos en las áreas del ámbito costa afuera nacional de conformidad a la Ley n.º 17319.

³⁵ Ley n.º 23094/1984.

como acción de amparo.³⁶ ¿Cuáles eran los argumentos de esta acción de habeas corpus?

Que venimos por la presente a interponer acción de Amparo Ambiental conforme a los artículos 41 de la Constitución Nacional, por la amenaza actual e inminente sobre todos los ejemplares de Ballenas Franca Austral (*Eubalaena australis*) y poblaciones cetáceos, misticetos y odoncetos, y mamíferos marinos que forman parte del acervo (patrimonio) natural de nuestro país, seres sintientes que habitan y/o transitan por las aguas jurisdiccionales argentina, todo ello a partir del cercenamiento de su libertad ambulatoria, integridad física y el derecho a una vida digna, con el riesgo de daño grave e irreparable por las emisiones sonoras perturbadoras causando maltrato y sufrimientos sistemáticos y constantes que se llevaran a cabo en su hábitat natural en virtud de la autorización estatal emitida – bajo ilegalidad manifiesta por violación palmaria el orden jurídico ambiental, y en el caso específico de las Ballenas Francas Australes, de la intangibilidad ambiental de la cual gozan como sujeto no humano en virtud de las leyes 23.094, 22.351, 22.421, –a favor de la empresa Equinor Argentina Sucursal Argentina, por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Cambio Climático de la Nación en la firma del Ministro Juan Cabandié de la Resolución 436/2021, dictada el 30 de Diciembre de 2021, para realizar prospecciones sísmicas (bombardeo sonoro intensivo de alto impacto) sobre la Cuenca Norte del Mar Argentino– siendo una actividad absolutamente desregulada desde la perspectiva de la normativa ambiental (...) Que a los efectos de las medidas cautelares, solicitamos que se valore que las Ballenas Francas Australes, Monumento Natural en Argentina, como seres vivos sintientes que son tienen derecho a la dignidad, integridad física, psicológica y vivir en libertad en su hábitat natural y no ser sometidos a tratos crueles ni actos de hostigamientos que representan una hostilidad inaceptable y hasta la ponen en riesgo de daño grave e irreparable. Siendo por ello la invisibilización del Estado en el marco de la resolución que nos

ocupa, absolutamente reprochable, solicitando que se las declare pretorianamente sujetos de derecho.³⁷

Nuevamente, un cúmulo importante de datos científicos se asocian al caso: serían estas las principales bases para pensar en la subjetivación de las ballenas. Una extensa lista de estudios científicos que demuestran los daños directos e indirectos (perceptivos, de comportamiento, crónicos) en los ecosistemas marinos y, en particular, en esta especie, configura el eje que enhebra los argumentos. Este sería un caso de subjetivación:³⁸ no se trata de cualquier especie sino una que es considerada de modo especial como monumento.

La causa sigue su curso pero no ya como un habeas corpus sino como una acción de amparo acumulada a otro conjunto de acciones del mismo tipo.³⁹ Entre ellas, el 13 de enero de 2022, un grupo de organizaciones no gubernamentales⁴⁰ presentó un amparo colectivo ambiental contra el Estado Nacional Argentino y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable por su aprobación de las actividades de exploración offshore. Esta demanda presenta los impactos climáticos de los proyectos como principal

³⁷ Demanda “Organización de ambientalistas autoconvocados s/habeas corpus”, 2021, pp. 3 y 6.

³⁸ Hermitte analiza la existencia de un proceso sostenido de personificación de la naturaleza que puede desdoblarse en una personificación sustancial (vinculada con las regulaciones que extienden atributos humanos a otros seres como, por ejemplo, normas relativas al sufrimiento animal, regímenes de visitas de animales asociados a juicios de divorcio, etc.), cierto pasaje entre materia y procedimiento (vinculado particularmente a las herramientas jurídicas que generan cierto *partage tu territoire* entre humanos y no humanos: áreas naturales protegidas, etc.) y la personificación procedural ligada especialmente a las innovaciones jurídicas que han reconocido explícitamente derechos a la naturaleza (Hermitte, 2011)

³⁹ Existen varias causas que han sido acumuladas por conexidad: Godoy, Rubén Oscar c/ Estado Nacional-Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable y otros s/amparo ambiental (expte. nro. 58/2022); Organización de Ambientalistas Autoconvocados s/ amparo Ley 16.986 (expte. nro. 70/2022); Montenegro, Guillermo Tristan c/ Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ amparo ambiental (expte. nro. 98/2022); Fundación Greenpeace Argentina y otros c/ Estado Nacional de la República Argentina y otros s/amparo ambiental (expte. nro. 105/2022).

⁴⁰ Fundación Greenpeace Argentina, Sufrider Argentina, Asociación de Surf Argentina, Fundación Patagonia Natural, Asociación Civil Medioambiente Responsable, Kula Earth Asociación Civil, Asociación de surfistas de Necochea –Quequén, Asociación de General Alvarado de Surf, Lucas Micheloud como integrante de la Asociación Civil de Abogados y Abogadas Ambientalistas y Julieta Paladino Ottonelli como integrante de Ecos de Mar.

argumento: menciona que el proyecto incumple los compromisos climáticos nacionales e internacionales y con ello afecta la equidad intergeneracional, que el Estado es responsable no sólo de las emisiones dentro de su territorio sino también de las emisiones derivadas de las futuras exportaciones de combustibles fósiles, y que la Evaluación de Impacto Ambiental está viciada porque no consideraron los impactos climáticos. En particular, esta demanda hace referencia a casos climáticos de gran repercusión en otras jurisdicciones, como Urgenda (Países Bajos), Neubauer (Alemania), Sharma (Australia); Earthlife Africa Johannesburg (Sudáfrica); Gray and Gloucester Resources (Australia) y Greenpeace Nordic (Noruega). Si bien también contiene argumentos en relación a los daños a cetáceos y otros mamíferos marinos así como al ecosistema en general, el argumento central en este caso es el climático en asociación con el perjuicio a las futuras generaciones. De hecho, 36 páginas de la demanda se enfocan en este tema y argumentan en torno al daño climático:

En definitiva, y como se verá en detalle en los próximos párrafos, los impactos climáticos no han sido considerados, ponderados ni evaluados por las autoridades estatales en el viciado Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental y la Resolución 436/2021 del Ministerio de Ambiente aquí cuestionada, siendo incompletos o insuficientes para prevenir el daño climático socio ambiental.⁴¹

Este tipo de proyecto es presentado como un daño directo al clima en el país:

Tomar decisiones que vayan en contra del clima, a través de la apertura de la exploración y explotación *off shore*, como están dadas las condiciones de proyección climática para Argentina, es sumir al país en un intrincado proceso de colapso climático muy crítico que limitará el aprovisionamiento de las cuencas y con eso limitará el recurso hídrico poblacional extensamente en el país y la dinámica de toda la actividad agropecuaria, alimentaria y aprovisionamiento

⁴¹ Demanda Fundación Greenpeace Argentina y otros c/ Estado Nacional de la República Argentina y otros s/amparo ambiental, p. 37.

energético. Esto no es aceptable y se pretende evitar con la presente acción de amparo.⁴²

A su vez, la infancia posee un lugar medular en esta demanda que contiene un apartado denominado “Derechos de la infancia comprometidos con el cambio climático”:

En conclusión, conociendo el grado de exposición infantil y vulnerabilidad ya presentes regionalmente, seguir explotando hidrocarburos, incrementando así las causas del cambio climático, es atentar contra la niñez y las generaciones futuras, aumentando la vulnerabilidad, violando sus derechos humanos de acceso al agua, a la alimentación, a la salud, a la vivienda, a la integridad física, a un ambiente sano, a su desarrollo. Porque todos esos derechos se ven vulnerados con las olas de calor, inundaciones, sequía y escasez hídrica. Las políticas energéticas impactan en el clima y de esa manera impactan en la niñez y en las generaciones futuras (...)
La diversificación energética se posterga exponiendo a estos niños y a los que vendrán a peores escenarios climáticos.⁴³

También la vulneración de derechos de los seres no humanos se observa entre los argumentos de esta acción de amparo que incorpora también los derechos de la naturaleza y del clima, entre otros, como pasibles de afectación:

La explotación offshore producirá un deterioro de los equilibrios climáticos y ecológicos que implicarán una vulneración irreversible de nuestros derechos humanos, de las generaciones futuras, del clima, de la biodiversidad, del ambiente en sentido amplio y los derechos de la Naturaleza que defendemos.⁴⁴

⁴² Demanda Fundación Greenpeace Argentina y otros c/ Estado Nacional de la República Argentina y otros s/amparo ambiental, p. 44.

⁴³ Demanda Fundación Greenpeace Argentina y otros c/ Estado Nacional de la República Argentina y otros s/amparo ambiental, p. 46.

⁴⁴ Demanda Fundación Greenpeace Argentina y otros c/ Estado Nacional de la República Argentina y otros s/amparo ambiental, p. 69.

El 11 de febrero de 2022, el Tribunal Federal de Mar del Plata ordenó el cese de las actividades de exploración de combustibles fósiles a partir de una serie de incumplimientos de derechos a la participación e información ambiental amparados no solo por el derecho interno, sino por el reciente Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, la falta de realización de una evaluación ambiental estratégica y el posible riesgo para la diversidad biológica del ecosistema marino. Actualmente, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata mantiene la suspensión del proyecto de exploración hasta tanto el Estado Nacional dicte una nueva declaración de impacto ambiental con una serie de condicionantes expresamente establecidos entre los que se destaca la necesidad de considerar las instancias de participación ciudadana, la intervención de la Administración de Parques Nacionales y una mayor precisión de los impactos, omitiendo el modo condicional o potencial.

5. El derecho interrogado

La breve presentación de estos casos deja entrever una cantidad de enfoques que en alguna medida se alejan de los más habituales en conflictos socio-ambientales judicializados. En estos se observan cómo nuevos *sujetos y otros* van ganando espacio en las líneas argumentales y, a su vez, interpelan a la teoría jurídica: ha dejado de tratarse de conceptos obvios. Así, el derecho traduce perspectivas y modos de pensar y argumentar en sintonía con el momento que permiten, a su vez, renovar las preocupaciones y temas en los que enfocarse. La teoría del sujeto, el significado del principio general de no dañar a otro, han sido, tal vez, tenidos por evidentes. Sin embargo, una lectura atenta de reclamos recientes permite volver a revisar estos conceptos y, con ello, también revitalizar los debates jurídicos actuales. No se trata de un tema menor considerando el estado de nuestro planeta y el complejo porvenir que se avizora. Si bien estos temas suelen generar resistencias al interior del campo del derecho, son discusiones que requieren atención y seriedad en su abordaje. No sólo por sus implicancias técnicas y argumentativas sino porque traen consigo las marcas del giro ecocéntrico latinoamericano que, entre

otras cuestiones, está pluralizando el derecho contemporáneo y dialogando con procesos en las más distantes latitudes.

Bibliografía

- Afeissa, H. S. y Jeangène Vilmer, J. B. (2010). *Philosophie animale. Différence, responsabilité et communauté*. Paris: Vrin.
- Berros, M. V. y Carman, M. (2022). Los dos caminos del reconocimiento de los derechos de la naturaleza en América Latina. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 13(1), 1-44.
- Berros, M. V.; Haidar, V. y Galanzino, M. (2017). La mirada jurídica sobre los animales: un análisis de su estatuto en el derecho privado argentino. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (48), 79-101.
- Bourcier, D. (2001). De l'intelligence artificielle à la personne virtuelle : émergence d'une entité juridique ? *Droit et Société*, 3(49), 847-871.
- Callicott, J. B. (2013). *Thinking Like a Planet: The Land Ethic and the Earth Ethic*, New York: Oxford University Press.
- Callicott, J. B. (1998). *The Great New Wilderness Debate*. Athens, GA: University of Georgia Press.
- Callicott, J. B. (1989). *In Defense of the Land Ethic: Essays in Environmental Philosophy* Albany, NY: State University of New York Press.
- Callicott, J. B. (1987). *Companion to A Sound County Almanac: Interpretive and Critical Essays*. Madison, WI: University of Wisconsin Press.
- Cámara Federal Casación Penal, Sala II, Sentencia n° 2603/14, 18/12/2014, "Orangutana Sandra s/Habeas Corpus".
- Carman, M. y Berros, M. V. (2022). Entre el antiespecismo lastimero y la polifonía judicial: la trayectoria de visibilidad "exitosa" de una orangutana bajo confinamiento. En J. M. Dabezies y A. G. Arregui (comps.), *Vitalidades. Etnografías en los límites de lo humano* (pp. 195-213), Madrid: Nola Editores.
- Carman, M. y Berros, M. V. (2021). La amplificación de la existencia de los seres considerados padecientes. *Revista Direito e Praxis*, 12(3), 1805-1841.

- Carman, M. y Berros, M. V. (2018). Ser o no ser un simio con derechos. *Revista Direito FGV*, 14(3), 1139-1172.
- Carson, H. L. (1917). The Trial of Animals and Insects. A Little Known Chapter of Mediæval Jurisprudence. *Proceedings of the American Philosophical Society*, 56(5), 410-415.
- De Lorenzo, F. (2019). Repensar al “otro” (Reflexiones sobre el Derecho Civil). *Revista Jurisprudencia Argentina*, II(3), 3-19.
- De Lorenzo, F. (2013). Una nueva dimensión para el principio de no dañar al otro, *AR/DOC/4727*.
- Descola, P. (2010). Más allá de la naturaleza y de la cultura. *Conferencia en el Museo de Ciencias Naturales de la Plata*. Recuperado de <http://www.ceapedi.com.ar/>.
- Descola, P. (2012). *Más allá de la naturaleza y la cultura*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Desmoulin-Canselier, S. (2012). Les intelligences non humaines et le droit. Observations à partir de l’intelligence animale et de l’intelligence artificielle. *Archives de philosophie du droit*, 55, 207-229.
- Durkheim, É. (1902). *De la division du travail social*. Paris: F. Alcan.
- Falbo, A. (2017). El término “habitantes” del artículo 41 de la Constitución Nacional excede a los seres humanos. *Revista Derecho Ambiental*, 20(52), 137-143.
- Gaillard, E. (2011). *Génération futures et droit privé. Vers un droit des générations futures*. Paris: LGDJ.
- Girardin, L. (2021). Deuda externa, ambiente y cambio climático. Una discusión sin resolver que lleva más tiempo de lo que parece. *Revista Voces en el Fénix* (83), 86-95.
- Haidar, V. y Berros, M. V. (2015). Hacia un abordaje multidimensional y multiescalar de la cuestión ecológica: la perspectiva del buen vivir. *Revista Crítica de Ciências Sociais* (108), 111-134.
- Hermitte, M. A. (2018). A chaque objet son sujet! Les révolutions juridiques de la relation homme – nature. En E. Gaillard (Dir.), *Agir en justice au nom des générations futures, une réalité grandissante, vecteur de paix*. En prensa.
- Hermitte, M. A. (2011). La nature, sujet de droit ? *Annales HSS* (1), 173-212.

- Hermitte, M. A. (1988). Le statut de la diversité biologique. En B. Edelman y M. A. Hermitte (comps.), *L'homme, la nature et le droit* (pp. 238-249). Paris: Christian Bourgois.
- Hermitte, M. A. (2011). Pour une histoire du statut juridique du corps. À propos de L'Affaire de la main volée de J.-P. Baud. *Natures Sciences Sociétés*, 3(1), 48-53.
- Jeangène Vilmer, J. B. (2011). *L'éthique animale*. Paris: Presses universitaires de France.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2011). Constitucionalización del derecho privado de las personas. En J. C. Palmero (comp.), *Cuestiones modernas del derecho civil*. Córdoba, Argentina: Advocatus.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2015). La categoría jurídica "sujeto/objeto" y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios. *Revista Bioética y Derecho* (número extra, recopilatorio especial), 54-67.
- Latour, B. (1997). *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*. Paris: La Decouverte.
- Le Quang, M. (2013). *Dejar el petróleo bajo tierra. La iniciativa Yasuní-ITT en Ecuador*. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales.
- Leopold, A. (1999). *For the Health of the Land. Previously Unpublished Essays and Other Writings*. Washington, DC: Island Press.
- Leopold, A. (1949). *A Sand County Almanac and sketches here and there*. New York: Oxford University Press.
- Lorenzetti, R. y Lorenzetti, P. (2018). *Derecho Ambiental*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Lorenzetti, R. (2008). *Teoría del derecho ambiental*. Buenos Aires: La Ley.
- Næss, A. (1973). The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement. A Summary. *Inquiry*, 16(1), 95-100.
- Næss, A. (1995). The Third World, Wilderness, and Deep Ecology. En: G. Sessions (Ed.), *Deep Ecology for the 21st Century* (pp. 397-408), Boston, MA: Shambala.
- Næss, A. (1989). *Ecology, Community and Lifestyle*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Petrus, K. y Wild, M. (2013). *Animal Minds & Animal Ethics: Connecting Two Separate Fields*. Leck, Alemania: Clausen & Bosse.

- Picasso, S. (2015). Reflexiones a propósito del supuesto carácter sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda. *LA LEY*, pp. 1-4.
- Resina de la Fuente, J. (2014). *La participación del movimiento indígena en el proceso político de construcción del Estado durante el Gobierno de Rafael Correa en Ecuador (2007-2012)* (tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid, España.
- Saux, E. (2016). Personificación de los animales. Debate necesario sobre el alcance de categorías jurídicas. *LA LEY*, pp. 1-5.
- Stone, C. (2009). ¿Los árboles deberían tener legitimidad procesal? Hacia un reconocimiento de los derechos legales de los objetos naturales. En G. Hardin, C. Stone, C. Rose y C. Crawford (eds.), *Derecho ambiental y justicia social* (pp. 135-230). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Stutzin, G. (1984). Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza. *Ambiente y Desarrollo*, I(1), 97-114.
- Taylor, P. (1989). *Respect for Nature: A Theory of Environmental Ethics*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Jurisprudencia

- Cámara Federal de Mar del Plata, Resolución FMP 70/2022/CA1, 9 de enero 2021.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 140/2011 (47-B)/CS1, 4/6/2019, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A y otro c/Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 243/2014, 16/7/2020, La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 528/2000 (36-B)/CS1, 3/12/2019, Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo –derivación de aguas.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 468/2020, 11/8/2022, Equística Defensa del Medio Ambiente Aso. Civ. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 542/2020, 28/12/2021, Asociación Civil por la Justicia Ambiental y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ amparo ambiental.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 487/2020, 28/12/2021, Cesanelli, Valentín y otros c/ Entre Ríos, Provincia de s/ amparo ambiental.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1578/2020, 28/12/2021, Asociación Civil con Personería Jurídica Objetivos Rosario c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ amparo.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, FRO, 70952/2018/CS1, 28/12/2021, Favario, Iván Leopoldo y otro c/ Provincia de Entre Ríos y otro s/ medidas preliminares.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, FRO 11327/2020/CA1-CS1, 28/12/2021, Peyrano, Marcos Lisandro c/ Provincia de Entre Ríos s/ amparo colectivo. Tribunal en lo Contencioso, Administrativo y Tributario nro. 14, 25/10/2015, en la causa “Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros c/GCBA s/ Amparo”.
- Tercer Juzgado de Garantías, Poder Judicial de Mendoza, 3/11/2016 “Presentación efectuada por AFADA respecto del chimpancé Cecilia sujeto no humano”.

Seguir soñando sin dejar de ver lo obvio: otros y nuevos sujetos y personas desde la perspectiva latinoamericana

Keep Dreaming while Seeing the Obvious: Others and New Subjects and People from the Latin American Perspective

Natália de Souza Lisbôa*

Recepción: 31/08/2023

Evaluación: 31/08/2023

Aceptación final: 14/09/2023

Resumen: A partir del texto *Cuando lo obvio deja de serlo: nuevos sujetos y otros en la derecha contemporánea*, de Valeria Berros, este escrito pretende realizar un debate y una construcción crítica de los argumentos allí presentados. Con tal objetivo en mente se realizó una propuesta desde sueños y futuros posibles, centrándose en nuevos y otros sujetos y personas. Esto en el contexto del nuevo constitucionalismo latinoamericano, analizando algunos casos judiciales sobre la naturaleza como nuevo sujeto. Finalmente, se concluye cuestionando el derecho y sus conceptos obvios, reconociendo las limitaciones de las categorías y sus universalizaciones.

Palabras clave: Sujetos de derecho, persona de derecho, nuevo constitucionalismo latinoamericano, naturaleza.

Abstract: Based on the text *When the obvious stops being obvious: new subjects and others on the contemporary right*, by Valeria Berros, this text aims to carry out a debate and a critical construction based on the arguments

* Doctora en Derecho Internacional por la Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil. Profesora en el Departamento de Direito, Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil. Correo electrónico: natalialisboa@ufop.edu.br

presented. With this objective in mind, a proposal was made from dreams and possible futures, focusing on new and other subjects and people. This in the context of the new Latin American constitutionalism, analyzing some judicial cases on nature as a new subject. Finally, it concludes by questioning the law and its obvious concepts, recognizing the limitations of the categories and their universalizations.

Keywords: Subjects of law, legal person, new Latin American constitutionalism, nature.

1. Introducción

Este texto pretende debatir de manera crítica con el texto *Cuando lo obvio deja de serlo: nuevos sujetos y otros en el derecho contemporáneo*, de Valeria Berros. El escrito a discutir parte de la cuestión sobre cómo cambia el derecho cuando cambian los límites de la naturaleza y la cultura, que con anterioridad fueron cuestionados, al menos en el Occidente moderno. En el mismo se analiza el reconocimiento de sujetos de derecho a partir de procesos judiciales, a través del estudio de reformas constitucionales y de la construcción de nuevas subjetividades, cuestionando cómo podemos y queremos vivir para tener un futuro en el planeta. A su vez, busca profundizar en la aplicación del principio de “no causar daño”. Con ello se profundizan las cuestiones que rodean los complejos conceptos de derecho ambiental y derecho privado, finalizando con el estudio de dos desafiantes ejemplos de tribunales argentinos.

Es interesante notar que en la introducción del texto *Cuando lo obvio deja de serlo: nuevos sujetos y otros en el derecho contemporáneo*, se presenta una narrativa para ilustrar al mundo desde la descripción del Museo de Ciencias Naturales de la Plata y una lectura de cómo hemos visto el mundo a lo largo del tiempo. En el relato antropológico de Phillipe Descola, la descripción del museo nos transmite la referencia a un modelo mundial de ordenación: la planta baja dedicada exclusivamente a representaciones de la naturaleza y el primer piso a personas sudamericanas, junto con algunas de sus expresiones culturales. Esta división entre naturaleza y cultura,

aunque caricaturizada, refleja cómo el mundo moderno ha ordenado en los últimos dos siglos.

La referencia binaria de división entre ciencias naturales y humanas, haciendo uso de la tradición moderna en la que se divide el mundo en un dualismo reductivo –como la división obsoleta entre derecho público y derecho privado– ha demostrado ser insuficiente para el análisis de los nuevos sujetos de derecho. En este texto, los comentarios se harán siguiendo las divisiones del texto discutido, no buscando responder de manera concluyente a las preguntas planteadas, sino insertando nuevas al debate. En la primera, a partir del interrogante sobre quiénes pueden ser sujetos de derecho, se tratarán discusiones respecto a temas y personas, reconociendo que algunas cuestiones todavía están desprovistas de protección legal, así como tratando de comprender que los nuevos temas no vienen a excluir a otros viejos. Después de la discusión sobre el problema de la construcción de conceptos, se plantean preguntas sobre los procesos de constitucionalización en América Latina y la insuficiencia del Poder Judicial y de los tribunales internacionales para tratar especialmente las cuestiones ambientales. Finalmente, se traerán otros ejemplos para tratar instancias que intentarán verificar nuevas posibilidades de inclusión y expansión de la efectividad de los derechos protectores.

Para poder pensar nuevos y otros sujetos en el derecho contemporáneo, necesitamos estar abiertos a formas de razonamiento diferentes a las del discurso hegemónico y eurocéntrico en el que se ha basado exclusivamente el derecho latinoamericano durante muchos años. De esta manera, recurriendo a la cosmovisión de los pueblos originarios, podemos soñar con construir un mundo nuevo, como indica el líder indígena, ambientalista, poeta y filósofo Ailton Krenak, ya que “estamos viviendo en un mundo donde nos vemos obligados a sumergirnos profundamente en la tierra para poder recrear mundos posibles. Resulta que en las narrativas del mundo donde solo actúa lo humano, esta centralidad silencia todas las demás presencias” (Krenak, 2022, p. 37, traducción propia). Con este fin, reconociendo los efectos de la modernidad y las colonialidades, entendemos que

Si el colonialismo nos ha hecho un daño casi irreparable, ha sido para afirmar que todos somos iguales. Ahora tendremos que

desmentir esto y evocar los mundos de la cartografía afectiva, en *los que el río puede escapar del daño*, la vida, la bala perdida, y la libertad no es solo una *condición de aceptación del sujeto*, sino una experiencia tan radical que nos lleva más allá de la idea de finitud. No dejaremos de morir ni nada por el estilo, déjenos, pero, transfigurarnos, al fin y al cabo, la metamorfosis es nuestro entorno, así como las hojas, las ramas y todo lo que existe (Krenak, 2022, p. 42, traducción y cursiva propia).

Por lo tanto, para evitar que el viejo daño continúe en nuevos sujetos, necesitamos superar las viejas formas de pensar y aplicar el derecho. Es cierto que los viejos sujetos continúan padeciendo viejos daños, como lo evidencia el ejemplo de la inseguridad alimentaria que continúa atormentando a los más vulnerables, como se muestra en el último informe de las Naciones Unidas “Panorama de la Seguridad Alimentaria y Nutricional 2022”, señalando que el 22,5% de la población de América Latina y el Caribe no tiene acceso a una dieta saludable (Organización Panamericana de la Salud, 2023). El derecho, entiendo, no puede seguir el tortuoso camino de la exclusión, ya que hemos sido testigos de que “nuestro tiempo se especializa en crear ausencias: el sentido de vivir en sociedad, el sentido mismo de la experiencia de vida” (Krenak, 2019, p. 26, traducción propia), sino que debe pensar en nuevas formas, o incluso percibir formas existentes fuera del contexto hegemónico, para proteger las diversas formas de vida.

Aun reconociendo el derecho como un instrumento moderno que en ocasiones continúa excluyendo y reproduciendo la violencia, entendemos que puede aplicarse de manera contrahegemónica, amplia e inclusiva. El objetivo es prevenir, cada vez más, en el ordenamiento jurídico interno y en el internacional, que se inflijan daños, antiguos y nuevos, a todos los sujetos y personas, protegiendo de manera más cuidadosa a los más vulnerables, que durante mucho tiempo han sido invisibilizados por sus propios sistemas legales.

2. Otros y nuevos - sujetos y personas rompiendo los límites de la categorización

Partiendo de la pregunta sobre quiénes pueden ser sujetos de derecho, el texto discutido aborda el extenso debate y las regulaciones normativas, siempre presentando las tensiones de la construcción de conceptos, marcados por lentes modernos. Así se enfatiza la importancia de la ética ambiental y animal, mostrando la necesidad de repensar la categoría de sujeto de derecho de manera amplia, especialmente desde el estatus legal de los animales, yendo más allá de tratarlos solo como cosas que pueden ser apropiadas o que acarrearán responsabilidad a los propietarios por el daño causado.

Para poder revisar los conceptos de la categoría jurídica de sujetos de derecho estamos de acuerdo en que es necesario superar la objetivación de los términos e intentar centrarse solo en los efectos de la propiedad, pero también debemos prestar atención a los efectos existenciales de una manera amplia, incluso en los significados de los conceptos “seres” y “naturaleza”.

La restricción del concepto jurídico moderno de personalidad jurídica, utilizado en la mayoría de los sistemas jurídicos de inspiración grecorromana, termina limitando la capacidad de asegurar las relaciones jurídicas, un ejemplo de ello son los efectos patrimoniales. Esta aptitud, como se ejemplifica, contempla tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas de manera amplia, pero no logra la protección necesaria a la naturaleza, en un primer momento, al no ser reconocida como titular de relaciones jurídicas, y en un segundo, al no contar con legitimidad activa y pasiva en el ámbito del derecho procesal.

Apoyado en los anhelos coloniales de categorización y universalización de conceptos, como idea estática, la personalidad jurídica irradia en otros conceptos de los sistemas jurídicos, como la capacidad y la autonomía, a fin de limitar su aplicación. Así, comprender al sujeto de derecho, ampliar el significado del término para entender lo que supone ser sujeto (activamente) y ser sujeto (pasivamente), puede asimilarse a la construcción de “persona”, ya que el concepto de persona “se da en una construcción biográfica, que tiene en cuenta aspectos personales, sociales y económicos; y no sólo en una construcción jurídica, como un concepto estático. Por lo

tanto, es un concepto dinámico por excelencia y multidisciplinario” (Lisbôa y Souza, 2019, p. 10, traducción propia).

A partir de los ejemplos traídos por el texto discutido, podemos entender que no hay una intención de superar a los sujetos que ocupaban el espacio de construcción del derecho por otros sujetos de una manera sorprendentemente nueva. No es una idea de sustitución, sino de complementación y convivencia armónica, para posibilitar la estructuración de un nuevo futuro. Tampoco podemos olvidar a las personas que, a pesar de tener una disposición de protección legal en las regulaciones internas de los países e internacionales, aún carecen de la debida tutela y sufren todo tipo de violencia. Ejemplo de ello son las mujeres y las personas con discapacidad. El reconocimiento de la existencia y necesidad de tutela de las personas –reitero que se utiliza aquí de la manera más abierta posible, incluyendo a la naturaleza en general, comprendiendo con ello a los seres humanos– que estaban siendo invisibilizadas y ocultadas por los efectos de la colonialidad, entendida como “la idea de que todo lo que difiere de la visión eurocéntrica del mundo es inferior, marginal, irrelevante o peligrosa” (Santos, 2022, p. 18, traducción propia), debe hacerse a partir de la observación de sus especificidades, analizando las influencias externas e internas, como las sociales y económicas.

Para romper con la historia de dominación colonial es necesario buscar el reconocimiento de nuevos derechos y nuevos sujetos desde la lucha por una emancipación social, que debe entenderse como “una lucha contra las exclusiones sociales generadas por la forma actual de regulación social con el objetivo de sustituirla por una nueva y menos excluyente forma de regulación social” (Santos, 2019, p. 43, traducción propia). No existe una fórmula y una única posibilidad para construir conceptos. La creación de un procedimiento único que abarcara todas las formas de diversidad reforzaría el pensamiento eurocéntrico que tanto nos hemos esforzado por combatir, creando así una nueva supuesta universalidad en la aplicación del derecho nacional o incluso de las normas internacionales. Este *nossocentrismo*, que “puede entenderse como una construcción teórica que se realiza desde la cosmovisión y las contingencias a las que estamos expuestos, ya sea derivada de razones de afiliación teórica o creencias y eventualmente sobre cuestiones personales” (Lisbôa, 2019, p. 139, traducción propia), es

un riesgo subjetivo que asumimos cuando buscamos el reconocimiento de vulnerabilidades y diversidades, de nuevos sujetos y personas, y puede terminar creando exclusiones inimaginables. Así, la concepción y el discurso hegemónico sobre los derechos humanos debe ser descolonizado y “este modelo eurocéntrico debe ser desafiado, para que las personas que han visto violados sus derechos humanos puedan comprender los efectos de la matriz colonial y buscar la protección de nuevas violaciones en general” (Lisbôa, 2019, p. 140, traducción propia).

3. El creciente número de otros por el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

En la segunda parte del texto discutido, la pregunta es respecto a qué otras personas están siendo abordadas por el principio de no causar daño. Haciendo una enumeración enunciativa, de la que destaco a las generaciones futuras, los pueblos originarios y la naturaleza, se revelan los procesos de constitucionalización y la importancia de ampliar el debate a otros campos teóricos más allá del derecho. Ejemplificando la discusión sobre el calentamiento global y la complejidad del concepto, se ve cómo el derecho de la humanidad a un clima sostenible está atravesado por el empeoramiento de la situación climática. Reconociendo cierto nivel de fracaso de la implementación local de los acuerdos globales, específicamente de reclamos legales, se propone una nueva forma de pensar sobre el tema ecológico para que sea posible construir una protección más plena.

Para entender los cambios en los diversos procesos de constitucionalización en América Latina que buscaban incluir a otros antes invisibles, necesitamos entender sintéticamente cómo se construyó, y se sigue construyendo, el camino del cambio. Al analizar las tendencias comunes y también las diferencias más significativas del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, el jurista colombiano Rodrigo Uprimny (2011, p. 110-111) señala que, a pesar de las obvias diferencias nacionales, la mayoría de las reformas constitucionales tienen rasgos comunes en cuanto a la definición de los principios ideológicos del Estado, la regulación de los derechos humanos y la participación de los ciudadanos.

Así, Uprimny (2011, p. 122-123) especifica que las características comunes de modificación de los sistemas latinoamericanos en los últimos años son: primero, un cambio profundo en la realidad política como resultado de la consolidación de los gobiernos civiles, especialmente cuando se compara con la frecuencia de las dictaduras militares en la región durante los siglos XVIII y XX. A esto se lo puede considerar como la primera verdadera ola constitucional. Segundo, el reconocimiento y la revalorización del pluralismo y la diversidad en casi todos los campos, especialmente con la predicción de diferentes formas económicas, como los espacios de producción reservados al Estado junto con otras formas comunitarias de producción económica; y tercero, a partir del fortalecimiento de la capacidad e independencia de los órganos de justicia y control, se identifica el surgimiento de un constitucionalismo transformador con una fuerte matriz igualitaria, con el objetivo de superar las tradiciones de autoritarismo y arbitrariedad aún existentes en América Latina, así como buscar la consolidación del Estado de derecho con el aumento de su efectividad.

Por lo tanto, el autor reconoce que este esfuerzo de experimentación constitucional no puede pasarse por alto, a pesar de las críticas que se pueden hacer a las inconsistencias en la aplicación de estas nuevas constituciones, es importante enfatizar que el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano abordó algunos problemas fundamentales, como la persistencia de formas profundas de discriminación y desigualdad social, étnica y de género, la violación masiva de los derechos fundamentales de la población, todo en el contexto de un mundo globalizado con crecientes desafíos ecológicos (Uprimny, 2011, p. 130).

La jurista peruana Raquel Yrigoyen Fajardo (2011, p. 139) reconoce que, en la práctica, las novedades del constitucionalismo pluralista enfrentan diferentes niveles de implementación, ya que presuponen rupturas paradigmáticas muy fuertes con el constitucionalismo liberal monista del siglo XIX y el constitucionalismo social integracionista del siglo XX, incluso para cuestionar la cuestión colonial.

El autor forma parte de la división en tres ciclos del constitucionalismo pluralista, que gradualmente cuestionó los elementos centrales de configuración de los Estados latinoamericanos: constitucionalismo multicultural

(1982-1988), constitucionalismo multicultural (1989-2005) y constitucionalismo plurinacional (2006-2009) (Fajardo, 2011, p. 140).

En el primer ciclo de reformas constitucionales y nuevas constituciones surgen los conceptos de diversidad cultural, el reconocimiento de la configuración multicultural y multilingüe de la sociedad, el derecho individual y colectivo a la identidad cultural y algunos derechos indígenas específicos (Fajardo, 2011, p. 140).

En el segundo ciclo de reformas, además de la reafirmación de los derechos incluidos en el primer ciclo, se desarrollaron conceptos que trabajan con la redefinición del carácter del Estado. Fajardo (2011, p. 142) afirma que la novedad más importante fue la introducción de fórmulas de pluralismo jurídico que buscaban romper con la identidad del Estado de derecho y el monismo jurídico, rompiendo con la idea de producción exclusiva en el sistema de normas por parte de los órganos soberanos del Estado. Ejemplo de ello es el reconocimiento de la autoridad indígena con sus propias normas y procedimientos para la aplicación del derecho consuetudinario y sus correspondientes funciones de justicia.

Finalmente, el tercer ciclo de reformas supone la previsión del Estado plurinacional, representado por los procesos constituyentes de Bolivia (2006-2009) y Ecuador (2008), que tuvieron lugar en el contexto de la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2006-2007).

En este ciclo existe “una refundación del Estado a partir del reconocimiento explícito de las raíces milenarias de los pueblos indígenas ignorados en la primera fundación republicana, y por ende se plantean el reto histórico de poner fin al colonialismo” (Fajardo, 2011, p. 149). Aquí, los pueblos indígenas ya no son reconocidos como culturas diversas, sino como pueblos o nacionalidades originarias con libre autodeterminación. En este modelo de Estado multinacional, los colectivos indígenas emergen como sujetos constituyentes, creando nuevas formas de relación entre los pueblos que forman esos Estados. Con esto, señala Fajardo, las constituciones mencionadas trabajan para superar la ausencia de poder constituyente indígena desde la fundación republicana, así como para combatir el hecho de que fueron consideradas incapaces por diversos sistemas legales en América Latina.

También es interesante notar que Fajardo (2011, p. 154) analiza el reconocimiento de los mecanismos de control en las constituciones de Ecuador y Bolivia, mostrando que rompen con la ceguera étnica y de género. Por ejemplo, la Constitución de Bolivia establece instituciones mixtas multinacionales, en las que es posible resolver denuncias de violaciones de derechos humanos por parte de la jurisdicción indígena a través del diálogo intercultural, en el que los pueblos tienen poder de definición institucional. En el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano la composición debe ser paritaria, con autoridades provenientes de la jurisdicción indígena y ordinaria. En Ecuador, aunque no existe una disposición para instituciones mixtas multinacionales, se incluyó en la constitución un pluralismo legal igualitario, que garantiza la paridad de género para la resolución de conflictos de interlegalidad.

Es cierto que se debe y se puede seguir buscando el Poder Judicial, ya que reconocemos como beneficiosa la ampliación del acceso a la justicia. El principal obstáculo que debe enfrentarse, especialmente en las causas que se refieren a cuestiones ambientales, incluyendo aquí también los tribunales internacionales, es el riesgo de lo que se decidirá institucionalmente, ya que, por los ejemplos que se presentarán a continuación y por los que figuran en el texto discutido, el poder de decisión no se ha ejercido ampliamente para la protección de otras personas vulnerables.

4. Reclamos legales y ejemplos de aplicación de nuevos derechos

La última parte del texto discutido, a partir de la proliferación de demandas, muestra los matices de las discusiones judiciales sobre la subjetivación de lo no humano, la intergeneracionalidad y el cambio climático, incluyendo también la visibilidad social que aportan las acciones y la nueva visión de los conceptos de juventud, niños, animales y ecosistemas. Se analizaron los casos sobre el Delta del Paraná y el Caso Off Shore, presentando la visión ecocéntrica del Poder Judicial argentino.

Como ejemplos propongo la encuesta realizada por la Profesora de Derecho de la Universidad Federal de Ceará y Jueza Federal de la 5ª Región, Germana de Oliveira Moraes (2018), sobre los ríos como sujetos de Dere-

chos, en los tribunales, entre otros, de Ecuador, India y Colombia. El caso ecuatoriano, pionero en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, versa sobre el río Vilcabamba (Moraes, 2018, pp. 89-93), a partir de la acción presentada el 7 de diciembre de 2010 contra el alcalde de Loja, por causar daños y degradaciones al río por obras públicas. La decisión final de la Corte Provincial de Justicia de Loja, luego de apelaciones, fue fundada sobre la base del artículo 71 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece que la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia, mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, de forma que toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Podemos ver que el texto constitucional ecuatoriano no disocia la naturaleza del ser humano, renovando el orden antropocéntrico establecido por la modernidad. La decisión, además de reconocer al río Vilcabamba como sujeto de derechos y no solo objeto, supuso recomendaciones para el gobierno provincial de Loja, entre ellas, limpiar el suelo contaminado, proporcionar otro lugar para el depósito de material excavado, generar un plan de remediación y rehabilitación de las áreas afectadas en el río y en las propiedades de los campesinos, y renovar los estudios de los impactos y permisos ambientales.

El segundo caso ejemplificado son los ríos Ganges y Yamuna en la India (Moraes, 2018, pp. 93-97), que se equipararon a personas naturales en marzo de 2017. La causa se propuso para evitar, en primer lugar, la construcción ilegal y las invasiones en las orillas de un canal del río Ganges y, en segundo, una disputa por la división de las aguas, bajo amenaza de poner en riesgo la existencia de los ríos. Además de las obvias implicaciones ambientales, una preocupación importante respecto de los ríos se refería a su asociación con la fe hindú y la identidad nacional india. La Corte Suprema de la India, al observar la necesidad de declarar los ríos Ganges y Yamuna personas jurídicas para proteger la fe de la sociedad, consideró la posición central de los ríos para la existencia de la salud y el bienestar de la mitad de la población de la India. Según la decisión, “las generaciones pasadas han entregado a la Madre Tierra en su gloria prístina

y estamos moralmente obligados a entregar la misma Madre Tierra a la próxima generación” (Moraes, 2018, pp. 96-97, traducción propia).

El tercer caso refiere a la decisión de la Corte Constitucional de Colombia. La misma reconoce a la cuenca del río Atrato como sujeto de derecho en 2016 (Moraes, 2018, pp. 97-105). El río Atrato, ubicado en la biogeográfica región del Chocó, uno de los territorios más ricos en diversidad natural, étnica y cultural de Colombia, ha sido reconocido como sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración por parte del Estado y de las comunidades étnicas. Así se constituye una nueva concepción filosófica del mundo, el biocentrismo. Con ello se realiza un giro hacia una visión no antropocéntrica, en el ámbito jurídico-constitucional latinoamericano. Es importante destacar que el principio de precaución ambiental también se utilizó para fundamentar la declaración del río Atrato como sujeto de derechos de protección, conservación, mantenimiento y restauración, evidenciando el potencial ofensivo de la minería, reconociendo los derechos bioculturales como aquellos que preservan la cultura, las tradiciones y las formas de vida y la relación de profunda unidad e interdependencia entre la naturaleza y la especie humana.

5. Consideraciones finales

Un indio descenderá de una estrella colorida, brillante
De una estrella que vendrá a una velocidad impresionante
Y aterrizará en el corazón del hemisferio sur en América, en un instante claro
Después de exterminar la última nación indígena
Y el espíritu de las aves de las fuentes de agua clara
Más avanzado que el más avanzado de las tecnologías más avanzadas [...]

Y lo que en ese momento se revelará a la gente

Sorprenderá a todos no porque sea exótico

Sino porque siempre puede haber estado oculto

Cuando haya sido lo obvio (Veloso, 1977, traducción y cursiva propia).

La canción *Um Índio*, de Caetano Veloso, fue lanzada en 1977 y aporta, en este recorte, una buena ilustración para el diálogo crítico que se estableció entre los textos. Desde la representación museológica de la naturaleza, pasando por la posibilidad de soñar con un nuevo futuro posible a partir de saberes científico y saberes ancestrales, resulta casi evidente que debemos dejar de tratar los conceptos como obvios. Estos no deben quedar limitados en su carácter categorizador y universalizador, sino que debe interpretarse para lograr la protección necesaria para todos: nuevos y viejos, otros y nosotros, sujetos y personas.

La academia siempre debe estar aprendiendo a conciliar sus conocimientos para que no queden aprisionados en las trincheras de universidades y grandes centros de estudios, sino que puedan convertirse en saberes-praxis que dialoguen y fortalezcan a quienes más lo necesitan. Cualquier método o teoría que se base únicamente en conceptos creados a partir del pensamiento moderno/colonial con su supuesta neutralidad no será suficiente para garantizar la autonomía y el reconocimiento.

La crítica a las colonialidades y la forma eurocéntrica de organizar el poder y el conocimiento global debe ser permanente. Así las instituciones y las posibles soluciones presentadas a los desafíos cotidianos, especialmente aquellas que parten de los desafíos de inclusión y reconocimiento de las diversidades, siempre deben ser revisadas y repensadas para la construcción procedimental de múltiples perspectivas por las luchas y disputas sociales.

Así, ampliando a quienes pueden ser sujetos de derecho, y que ciertamente deben ser reconocidos como personas, la protección para que no sufran daños debe acompañar los nuevos tiempos, luchando por seguir soñando el futuro de una manera más inclusiva y protectora, para que sea realmente posible existir un futuro.

Bibliografía

- Berros, V. (2023). Cuando lo obvio deja de serlo: nuevos sujetos y otros en el derecho contemporáneo. *Discusiones*, 31(2).
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Recuperado de: https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf
- Fajardo, R. Z. Y. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En C. R. Garavito (ed.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 139-159). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Krenak, A. (2022). *Futuro ancestral*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Krenak, A. (2019). *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Lisbôa, N. S. (2020). Nossocentrismo: para o que não tem solução. En N. S. Lisbôa (ed.), *Igualdade na Diversidade* (pp. 132-149). Belo Horizonte: Initia Via.
- Lisbôa, N. S. y Souza, I. A. (2019). Autonomia privada e colonialidade de gênero. En R. Duro Dias; S. B. Tavares y S. Suely Moreira Lurine Guimarães (eds.), *XXVIII Congresso Nacional do Conpedi Belém - PA. Gênero, sexualidades e direito* (pp. 7-22). Florianópolis - SC: Conpedi.
- Moraes, G. O. (2018). *Harmonia com a natureza e direitos de pachamama*. Fortaleza: Edições UFC.
- Organización Panamericana de la Salud. (19 de enero de 2023). Relatório da ONU: 131 milhões de pessoas na América Latina e no Caribe não têm acesso a uma dieta saudável. *Organización Panamericana de la Salud*. Recuperado de: <https://www.paho.org/pt/noticias/19-1-2023-relatorio-da-onu-131-milhoes-pessoas-na-america-latina-e-no-caribe-nao-tem>
- Santos, B. S. (2022). *Descolonizar: abrindo a história do presente*. Belo Horizonte: Autêntica Editora.
- Santos, B. S. (2019). *O fim do império cognitivo: a afirmação das epistemologias do Sul*. Belo Horizonte: Autêntica Editora.
- Uprimny, R. (2011). *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*. En C. R. Garavito (ed.), *El*

Seguir soñando sin dejar de ver lo obvio: otros y nuevos sujetos y personas...

derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI (pp. 109-138). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Veloso, C. (1977). *Um índio*. [Canción]. En *Bicho*. São Paulo: Polygram/Philips. Recuperado de: <https://open.spotify.com/intl-es/track/6TO1AI39mSuiY9Fchnpobm>

Desmontar el abismo entre Sujeto y Naturaleza. Sobre el extravío desnaturalizante de la subjetividad

*Dismantling the abyss between Subject and Nature. On the
denaturing misdirection of subjectivity*

Leandro Drivet *

Recepción: 31/08/2023

Evaluación: 31/08/2023

Aceptación final: 04/09/2023

Resumen: En este trabajo reflexionamos sobre algunos presupuestos subyacentes al concepto de sujeto que informa el derecho moderno, categoría que, siguiendo a Valeria Berros, juzgamos en crisis. Una crítica a la interpretación que Philippe Descola hace del Museo de Ciencias Naturales de La Plata y la noción freudiana de la herida biológica del narcisismo humano nos conducen a señalar los rasgos antimaterialistas de la metafísica de la subjetividad moderna, que se prolongan hasta nuestros días. Luego, concentrándonos en la noción de “dignidad humana”, analizamos la desmentida de la naturaleza que acarrea la concepción del sujeto en el idealismo alemán. Por último, proponemos pensar en modos de reconocimiento de los derechos de la naturaleza más allá de la categoría de sujeto, aunque sin abandonar su potencial actual ni renunciar al proyecto de su ampliación, a partir de la idea de respeto y de una ética comunicativa ampliada.

Palabras clave: Filosofía del derecho, Sujeto, Derecho Ambiental, Ética comunicativa.

* Doctor en Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Investigador Adjunto del CONICET, Universidad Nacional de Entre Ríos, Paraná, Argentina. Profesor titular ordinario de las cátedras de “Corrientes del Pensamiento Contemporáneo” y de “Psicoanálisis y Educación”, en la Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de Entre Ríos, Paraná, Argentina. Correo electrónico: leandro.drivet@uner.edu.ar.

Abstract: In this work we reflect on some assumptions underlying the concept of subject that informs modern law, a category that, following Valeria Berros, we judge to be in crisis. A critique of Philippe Descola's interpretation of the La Plata Museum of Natural Sciences, and the Freudian notion of the biological wound of human narcissism, lead us to point out the anti-materialist features of the metaphysics of modern subjectivity, which continue to this day. Then, concentrating on the notion of "human dignity", we analyze the denial of nature that the conception of the subject entails in German idealism. Finally, we propose to think about ways of recognizing the rights of nature beyond the category of subject, although without abandoning its current potential or renouncing the project of its expansion, based on the idea of respect and an expanded communicative ethic.

Keywords: Philosophy of law, Subject, Environmental Law, Communicative Ethics.

«Cera en los oídos», ésta fue aproximadamente la condición para filosofar; un auténtico filósofo dejaba de escuchar a la vida: en la medida en que la vida es música, *negaba* la música de la vida –es una vieja superstición de los filósofos considerar que toda música es música de sirenas” (Nietzsche, 2001, “§372 Por qué no somos idealistas”, p. 389).

“En este mundo (...) preocuparse por el animal no es ya sólo un sentimentalismo, sino una traición al progreso. (...) Lo que amenaza a la praxis dominante (...) [es] el hecho de que la naturaleza sea recordada” (Adorno y Horkheimer, 1998, pp. 298-299).

1. Introducción

El artículo de Valeria Berros que compone este número de *Discusiones* analiza algunos cambios en el campo del derecho cuyas tendencias centrales pueden describirse como una ampliación de la teoría del sujeto que subyace al progresivo reconocimiento de derechos a entidades hasta entonces privadas de subjetividad jurídica, y, complementariamente, un proceso de redefinición del “otro” al que se dirige el principio de no dañar. La autora

señala que se trata de discusiones que conciernen tanto al derecho ambiental como al derecho privado, y que cabría imaginarlas como expresiones del contexto histórico más amplio en el que dichas tendencias se inscriben, caracterizado por la problematización de las fronteras tradicionalmente delineadas entre naturaleza y cultura. Si bien las transformaciones referidas son globales, la autora concentra su mirada especialmente en algunas experiencias latinoamericanas pioneras que plantean desafíos teóricos y prácticos al conferir derechos a algunos animales, a las generaciones futuras y a ciertos ecosistemas, e incluso a la naturaleza en general, ya sea a través de procesos de litigación particulares, por la vía de su incorporación al texto constitucional (como en Ecuador), o mediante reformas legales en las que se reconocen derechos a la naturaleza (como ocurrió en Bolivia).

El registro de las señales múltiples, en el campo judicial y en el parlamentario, que la autora interpreta como evidencias convergentes de la crisis de la noción tradicional de sujeto, conduce en principio a la pregunta: ¿quiénes pueden ser sujetos de derecho? En sentido estricto, esta interrogación es más que una curiosidad sobre el por qué vigente en un sentido aclaratorio: entraña el cuestionamiento de la legitimidad de una definición establecida en el derecho positivo. Poniendo en perspectiva la emergencia de las personas jurídicas, el enfoque de Valeria Berros se dirige a los fundamentos que sostienen la delimitación más o menos arbitraria de un conjunto de sujetos. Considerada en profundidad, la tematización exige explicitar y establecer con claridad los criterios que debe cumplir un ente o conjunto de entes para ser reconocidos como portadores de aquella dignidad. El punto de partida, enunciado en el título, es claro: que algo haya sido tenido por obvio durante mucho tiempo no es razón suficiente para que siga teniéndose por tal. En este sentido, que en la teoría del sujeto que daba forma al derecho occidental sean suspendidos ciertos consensos definidos hasta el presente, no es sólo una constatación relativa a determinados reconocimientos que constituyen una realidad histórica, y que extienden los confines de los sujetos acreditados ante la ley, sino aún más profundamente un problema filosófico abierto que demanda mejores justificaciones. ¿Quién/qué *debe* ser reconocido como sujeto de derecho? ¿Qué condiciones debe reunir un ente para aspirar al estatuto jurídico de sujeto? ¿A qué/quién le corresponde aquella dignidad? Éstas son algunos interrogantes que introducen nuestro abordaje.

Dado que mi área de formación y trabajo no es la del Derecho, eludiré el comentario técnico sobre los dos casos en curso ante tribunales argentinos cuyas estructuras argumentativas, reconstruidas en el artículo a partir del cual reflexiono, ilustran con rigor las tendencias a la apertura del Derecho contemporáneo a la cuestión de la justicia ecológica. En cambio, desde una perspectiva crítica, me detendré en el análisis de la teoría del sujeto que la tradición en crisis supone y, complementariamente, aunque de modo sucinto, en la concepción del otro susceptible de daños que se admite, con la que una determinada noción de subjetividad se enlaza. Desde un punto de vista filosófico, éstas me parecen las cuestiones fundamentales que abren el espacio simbólico en el que emergen acciones orientadas a proteger la naturaleza que somos, conformamos y habitamos, aunque es posible que también planteen algunos límites sobre el alcance del derecho, que habremos de mencionar.

El artículo que comentamos se encargó de puntualizar y volver reflexivo lo que deja de ser obvio en el campo jurídico contemporáneo. Complementariamente, lo que me interesa es pensar algunos rasgos de la historia de la obvedad: ¿cómo se construyó lo (que aparece como) autoevidente? Para responder a las preguntas de fondo puede resultar fecundo trazar una historia de la categoría de sujeto, y especialmente de sus escotomas. Sin embargo, y dado que por su extensión y su profundidad tal empresa nos resulta inabarcable, nos centraremos en un aspecto saliente de esta noción, fundamentalmente a partir de la modernidad: la dificultad del sujeto para reconocerse como parte de la totalidad natural. No se trata de una disquisición abstracta dirigida a la burocracia administrativa, sino de un intento de hacernos cargo de la necesidad imperiosa y urgente de repensar las condiciones históricas de posibilidad del colapso ecológico en curso (Dasgupta, 2021a), resultado de la actividad de una forma histórica específica de autocomprensión del humano, a los fines de responder adecuadamente en el ámbito jurídico, parlamentario y de la acción política en general. A continuación retomaremos reflexivamente la escena introductoria del artículo de Valeria Berros, que nos será útil para iluminar qué características de la noción de sujeto es pertinente historiar y volver reflexivas, cuanto más no sea a través de un breve esbozo.

2. El pasado olvidado

Valeria Berros comienza con una referencia al libro *Más allá de la naturaleza y la cultura*, de Philippe Descola (2012), y con una cita más puntual de la conferencia del mismo nombre que el antropólogo francés pronunció en el Museo de Ciencias Naturales de La Plata (Descola, 2010). Este discurso parte de una crítica de la organización del Museo, que Descola describe como confusa y caricaturesca, por ser, a su juicio, la proyección irreflexiva de un esquema dualista que no ha sabido desarticularse. En este apartado, argumentaré que dicha observación es en sí misma sintomática, crítica que nos servirá de ocasión para problematizar tanto el dualismo que el antropólogo aborda, como el antropocentrismo que reproduce.

Para aproximarme al tema que me interesa, quisiera proponer otra forma de interpretar el itinerario del Museo que suscita el descontento de Descola. La idea es muy simple: podríamos pensar que si la visita comienza con una planta baja dedicada enteramente a la naturaleza, carente de humanos, es porque se nos propone una representación espacial de la historia de la naturaleza. Y en efecto, según informa el Museo en su página oficial,

[I]a exhibición permanente está organizada en 20 salas ubicadas en dos plantas, cuya organización representa la evolución de la naturaleza, desde la formación del universo y el planeta Tierra hasta el origen del ser humano y sus culturas, pasando por los sucesos del pasado y sus testimonios fósiles, y la biodiversidad de seres que habitan en los ecosistemas actuales.¹

Dado este criterio de organización, la institución debe ubicar al humano en un momento posterior más tardío; lo localiza –en aras de una síntesis benevolente con la sensibilidad del narcisismo humano– en la segunda planta.² Lo que aquí interesa es que la separación que Descola interpreta como un dualismo culturalista expresado en tres dimensiones es, visto

¹ Página web del Museo de Ciencias Naturales de La Plata Disponible en: <https://www.museo.fcnym.unlp.edu.ar/>

² Otras cuestiones de la exhibición que Descola tematiza y que no discutiré son la valoración desigual emplazada en el Museo entre el inventario cultural de los pueblos andinos (por ejemplo, cerámicas y tejidos) y aquel de los pueblos de la selva (fibras y piezas de madera),

desde esta otra perspectiva, una sucesión histórica. Así mirada, la organización estratificada no apunta a diferenciar naturaleza y cultura en términos tradicionales y antropocéntricos, como dos polos sincrónicos y antagónicos, sino que por el contrario pretende, entiendo que con buenas razones, descentrar diacrónicamente la historia de la naturaleza, que se mide en eones, de la historia mucho más reciente de nuestra especie. Después de todo, lo que Descola analiza es un Museo de Ciencias Naturales, y no un Museo de Antropología. En este sentido, cabría preguntarse si deberíamos aparecer en el piso inmediatamente superior al de la entrada en una historia que sólo en lo que concierne a la Tierra cuenta con 4500 millones de años. Ocurre que la vida humana no representa la totalidad de la vida social, ni la totalidad de las formas de vida cultural (Schaeffer, 2009), y tampoco, como resulta obvio, de la vida a secas. Desde la perspectiva de la historia natural, la vida en sentido lato, que nos parece la condición normal del espacio, es más bien una anomalía en el universo conocido, verdadera excepcionalidad terrestre (hasta hoy no tenemos ninguna evidencia en sentido contrario) que en términos religiosos se definió como un milagro. De modo paradójico, entonces, uno se pregunta si la lectura que Descola hace del Museo no nos muestra el núcleo antropocéntrico que durante tanto tiempo caracterizó a la Antropología. ¿Acaso su negativa a reconocer la prioridad cronológica de los procesos físicos y de las formas de vida previos al humano (no *ajenos* a él) no vuelve a caer en la cosmología de dos planos por efecto de la cual el mundo se vuelve naturaleza cuando lo percibimos desde la perspectiva de lo universal, mientras que es historia sólo si se trata del humano? Si así fuera, la mirada nos ofrecería “una excelente imagen del mundo tal como lo hemos concebido durante largo tiempo” (Descola, 2010, p. 75).

Aun si consideramos necesario, e incluso urgente, discutir los prejuicios que nos impiden reconocernos como parte de la naturaleza y al mismo tiempo limitan a la cultura a la forma social occidental, vale preguntarse si es posible plantearse, y bajo qué condiciones, una historia natural en el curso de la cual emergimos como especie. A nuestro juicio, esto es rele-

y la eventual localización de formas de vida en el primer piso que emergieron bajo la transformación humana de la naturaleza.

vante para despojarnos de los prejuicios anti-naturalistas que afectan los modos contemporáneos de concebir la subjetividad (que nos ciegan respecto de nuestra pertenencia biológica), al mismo tiempo que el cuestionamiento de la distinción entre naturaleza y cultura resulta ineludible para no negar aptitudes antes consideradas exclusivamente humanas a seres no humanos. En este sentido, de acuerdo con Descola (2020), el desdibujamiento de la separación tajante entre naturaleza y cultura constituye una tendencia de los procesos históricos en marcha, ilustrada por los derechos jurídicos conferidos a seres naturales no-humanos, por la evidencia ofrecida por la psicología experimental de que hay animales que pasan el “test de la mente”, y por las observaciones de la etología que prueban la competencia en el uso de herramientas y la existencia de transmisión cultural de saberes en poblaciones de simios³ (sin mencionar el hecho de que algunos antropoides no humanos reconocen y recuerdan a sus pares, entienden las necesidades de otro y son capaces de prestar auxilios específicos, duelan, despiden a sus muertos, practican sutiles estrategias de apaciguamiento y reconciliación para resolver conflictos, etc.⁴). Es cierto que sólo muy recientemente se empezó a admitir que la naturaleza no es solamente la repetición de lo mismo, ni la historia el surgimiento incesante de lo nuevo. Sin embargo, nada de esto afecta el hecho de que nuestra especie es de aparición reciente en la escala de la historia de la vida, y tenerlo en cuenta podría inmunizarnos contra nuestro afán protagónico y nuestra inclinación al encaramamiento jerárquico. En conclusión, para justificar su rechazo de la arquitectura del Museo de Ciencias Naturales de La Plata, Descola debería explicar cómo podría trazarse de modo conciso una historia del universo sin recurrir a la secuencia que denuncia como dualista,

³ Sería justo añadir como fuente propiciadora del cambio de paradigma a la filosofía (cuanto menos la contemporánea). Al volverse reflexivo sobre la disputa clave en el Derecho sobre la separación entre humanidad y animalidad, Descola se inscribe en las preocupaciones que desde el inicio del milenio han signado la enseñanza de Jacques Derrida (2002 y 2010). Ciertas preocupaciones de Giorgio Agamben (2005) y, más tarde de Eugenio Zaffaroni (2011), pueden leerse sobre dicho antecedente clave.

⁴ Véase De Waal (2019)

y sin caer, por otro lado, en una reducción antropocéntrica que colocara al hombre desde el inicio.⁵

El *logos* del *anthropos* occidental –y ahora vamos más allá de Descola, quien ha hecho aportes con vistas al colapso ecológico (Descola, 2013)– se resiste a pensar que también la naturaleza tiene una historia, y que, finalmente, la cultura depende (y es parte) de la naturaleza. Estas dificultades son significativas no en la medida en que expresan la convicción de un individuo, sino debido a que hunden sus determinaciones en la gramática moderna, o a que, dicho de otro modo, son emergentes de la metafísica de la subjetividad. Aunque ésta no sea una causa suficiente, las resistencias a integrar reflexivamente la naturaleza y la cultura están estrechamente ligadas a la noción de sujeto que determina nuestra cosmovisión e informa las discusiones del derecho moderno.

3. Apuntes para una historia del abismo

La perspectiva sistemática a partir de la cual trazaremos algunos momentos salientes y sintomáticos de la historia de nuestro modo de autocomprendernos como sujetos puede extraerse de una reflexión freudiana. En “Una dificultad del psicoanálisis”, Sigmund Freud (1999) escribió que el amor propio de la humanidad [*Eigenliebe der Menschheit*] recibió tres graves afrentas [*Kränkungen*] de la investigación científica. La primera, llamada “cosmológica”, desplazó la autocomplaciente cosmovisión geocéntrica de modo decisivo a partir del siglo XVI (aunque, como menciona Freud, había sido enunciada mucho antes por la escuela pitagórica). La segunda herida del narcisismo universal corresponde a la Biología:

En el curso de su desarrollo cultural, el hombre se erigió en el amo de sus semejantes animales. Mas no conforme con este

⁵ Esto no significa que rechazemos su postulado de la superación naturalista del dualismo “naturaleza-cultura”. Es un tema que merece consideraciones cuidadosas y detalladas. Bruno Latour (2017) sostiene, refiriéndose a Descola, que no puede irse “más allá de naturaleza y cultura”, y propone comprender ese par como dos dimensiones de un mismo concepto.

predominio, empezó a interponer un abismo entre ellos y su propio ser. Los declaró carentes de razón y se atribuyó a sí mismo un alma inmortal, pretendiendo un elevado linaje divino que le permitió desgarrar su lazo de comunidad con el mundo animal. Cosa notable: esa arrogancia es ajena al niño pequeño, así como al primitivo y al hombre primordial. Es el resultado de un desarrollo presuntuoso más tardío. Al primitivo, en el estadio del totemismo, no le escandalizaba hacer remontar su linaje a un ancestro animal. El mito, que contiene el precipitado de aquella antigua mentalidad, atribuye figura animal a los dioses, y el arte de las primeras edades los plasma con cabeza de animal.

El niño no siente diferencia alguna entre su propio ser y el del animal; no le asombra que los animales piensen y hablen en los cuentos; desplaza sobre el perro o el caballo un afecto de angustia que corresponde al padre humano, y ello sin intención de rebajar al padre. Sólo de adulto se enajena del animal hasta el punto de insultar a los seres humanos con el nombre de un animal.

Todos sabemos que fueron los estudios de Charles Darwin, de sus colaboradores y precursores, los que hace poco más de medio siglo pusieron término a esa arrogancia. El hombre no es nada diverso del animal, no es mejor que él; ha surgido del reino animal y es pariente próximo de algunas especies, más lejano de otras. Sus posteriores adquisiciones no lo capacitaron para borrar la semejanza dada tanto en el edificio de su cuerpo como en sus disposiciones anímicas. Pues bien; esta es la segunda afrenta, la *biológica*, al narcisismo humano (Freud, 1999, pp. 132-133).⁶

Estos párrafos contienen en sí todo un programa de investigación que nos señala un camino, sinuoso y escarpado, cuyo recorrido podría ofrecer claves de la historia de ese abismo interpuesto de modo tardío por el hombre, no sólo entre él y “los animales”, sino entre él y los vivientes no-humanos, y también respecto del animal-interior (en tanto modo de designar la naturaleza que somos). En efecto, Giorgio Agamben (2005) postuló que la

⁶ Controlamos la traducción castellana con el texto en alemán (Freud, 1966). Hemos trabajado otro aspecto de esta reflexión freudiana recientemente (Drivet, 2022).

división es fundamentalmente interna al hombre, y no externa. En el capítulo 4 de *Lo abierto. El hombre y el animal*, propuso pensar en la cuestión del humanismo teniendo en cuenta el misterio práctico y político de la separación del alma y el cuerpo, y no tanto en el misterio metafísico de la conjunción de cuerpo y alma. A su juicio,

preguntarse en qué modo —en el hombre— el hombre ha sido separado del no-hombre y el animal de lo humano es más urgente que tomar posición acerca de las grandes cuestiones, acerca de los denominados valores y derechos humanos. Y, tal vez, también la esfera más luminosa de las relaciones con lo divino dependa, de alguna manera, de aquella —más oscura— que nos separa del animal (Agamben, 2005, versión electrónica).

Debemos interpretar la referencia al “animal” como una metonimia que representa a la totalidad de la naturaleza. Frente al interrogante de la disyunción, la dificultad radica en que las tradiciones filosóficas nos orientan al mismo tiempo que nos extravían. Hoy se hace evidente que muchas de las conquistas políticas y técnicas que la filosofía alumbró bajo el auspicio del sujeto se han logrado a expensas de la biodiversidad y la integridad ambiental. El sujeto moderno que representó desde el periodo de esplendor de la burguesía el control en cierta medida exitoso de la naturaleza, el progreso científico y la paulatina concreción de los ideales morales y políticos de la libertad, la igualdad y la fraternidad, se fundamenta sobre un rechazo de lo físico y lo biológico. Hay sin dudas huellas muy antiguas de este extravío antinaturalista que se vuelve nítido en el periodo moderno. En un breve texto en el que recupera el potencial emancipatorio de la categoría de “sujeto”, Gustavo Lambruschini (1996) precisa que esa palabra deriva del latín *subjetum*. Ese término traduce a su vez el griego *hypokeimenon*, que significa lo que subyace manteniéndose invariante: lo que Aristóteles llamó la “sustancia”. La Sustancia es así lo que subsiste, lo que nunca deja de ser, lo que propiamente es,⁷ más allá de los accidentes, variables por

⁷ Durante mucho tiempo también se tradujo por “sustancia” la palabra aristotélica *ousía* (esencia), porque la palabra *essentia* para referir a la *ousía* tardó en aceptarse. La sustancia en Aristóteles se comprende en razón del significado de *ousía*, porque lo suyo es el subsistir

definición. De allí proviene la idea de que lo que verdaderamente existe es una sustancia que no depende de las contingencias históricas, de las pujas del poder, de la apariencia, la conveniencia o las costumbres. Si no admitiéramos la existencia de una realidad independiente de la experiencia (como los números, o la idea de “igualdad” o de “bien”), ni la matemática ni el razonamiento moral serían posibles. ¿En función de qué parámetros elaboraríamos una crítica a lo dado? Pero al mismo tiempo, y dado que la sustancia es imperecedera e inmune al devenir, la autosuficiencia lógica, gnoseológica y ontológica pudo superponerse con la autosuficiencia física o natural. En el lenguaje filosófico, y luego en el habla coloquial, la “naturaleza” de las cosas se equiparó a su *esencia* inmodificable. Nuestro lenguaje arrastra hasta hoy este prejuicio equívoco que tenía y tiene sus ventajas inconfesas cuando se traslada de las ciencias formales a las ciencias fácticas. Después de todo, habitar en la perspectiva de lo eterno es tranquilizador, en la medida en que en ella el fin del mundo resulta inimaginable. A contrapelo de este esencialismo, la grandeza de Darwin, a quien Freud rinde un merecido homenaje, consistió en haber abierto la comprensión de la historia de la vida. Su idea de la selección natural nos vuelve sensibles al registro de la temporalidad de largo plazo. Con esta operación inscribió a la vida en una línea histórica que podía arrancarse de un ciclo infinito, y quitó al humano del centro. *El origen de las especies* (Darwin, 2008) impugnó a la metafísica creacionista porque permitió comprender la trascendencia como un desconocimiento de lo lento.⁸

La presunción de eternidad en la naturaleza surge de la incompreensión de ésta y de su historia, a partir de la cual la filosofía quiso reducir las multiplicidades fluctuantes a la denominada esencia. Es cierto que Sócrates fue el primero que le impuso a la filosofía “olvidar a la naturaleza en su tota-

independientemente de cualesquiera cualificaciones que le competan. Según esta teoría, la identidad de la sustancia se comprende como una propiedad endógena, puesto que su ser le viene dado de dentro (Ferrater Mora, 1958, pp. 735-736).

⁸ Es Peter Sloterdijk (2015) quien recupera una tesis de Heiner Mühlmann para definir la trascendencia de ese modo. Por “lento” entiende un movimiento que dura más de una fase de aprendizaje de una vida individual de duración media, de lo que deriva la exigencia de cooperación con el saber de antepasados que uno mismo no llegó a conocer y, prospectivamente, de cooperación con descendientes que ya no se llegará a conocer.

lidad, [para] ocuparse de cuestiones morales (*peri ta ethika*)” (Aristóteles, 987b, citado en Coccia, 2017, p. 125, nota n° 19, aclaración propia): con él comienza el periodo antropocéntrico de la filosofía.⁹ Pero la limitación antropocéntrica (o más precisamente: egocéntrica) del concepto de sujeto es una operación moderna. Es con la “metafísica de la subjetividad” que nace en el siglo XVII cuando sólo el hombre pasa a merecer el nombre de sujeto. A partir de entonces, todos los otros entes están al servicio del hombre: son *para* él y *en* él. El sentido del someter que se destaca hoy en esa transformación teórica sobre el fondo de nuestra angustia ecológica hace difícil justipreciar la conquista que supone, pues se trata ante todo de un rechazo de la servidumbre, por parte de la razón y la consciencia. En este sentido, la noción conserva un inagotable potencial liberador. Sin embargo, y al mismo tiempo, hay un legado ideológico de la misma categoría. En efecto, el sujeto cartesiano es el sujeto de la racionalidad instrumental: del saber orientado a predecir para dominar (Descartes, 1970, Sexta parte), que con su voluntad de dominio hizo posible Auschwitz y el calentamiento global, entre otras calamidades: éste es el epicentro de la impugnación del sujeto moderno. Desde Descartes, la modernidad filosófica en su conjunto se edificó sobre una concepción mecanicista de la naturaleza (incluido el cuerpo humano) a la que concibió como *Res extensa*, es decir, como sustancia medible, definida por su aspecto cuantitativo. La naturaleza pasó de ser entendida como una madre nutricia o un *todo viviente*, a considerarse, como la materia en general, un mecanismo inerte de piezas sustituibles. Con esta transformación se perdieron restricciones éticas contra la explotación contenidas en el modelo orgánico vigente hasta el Renacimiento (Merchant, 1996), se legitimó el tratamiento instrumental de la materia, y se instaló una brecha irremontable entre el humano y los otros seres vivos.

En contraposición radical con el dominio de lo medible, el hombre se autocomprendió como un sujeto pensante (*Res cogitans*), una entidad cuyo principio ontológico es independiente de la materia. Descartes (1970, p. 50. Cursivas mías) define así su hallazgo/invencción:

⁹ El comienzo del periodo antropocéntrico puede leerse anunciado en Edipo Rey, de Sófocles (ver Goux, 1999). Analicé este mito en relación a la justicia ecológica en Drivet (2022a).

Examiné, pues, atentamente lo que yo era, y viendo que podía fingir que no tenía cuerpo alguno y que no había mundo ni lugar alguno en el que yo me encontrase, pero que no podía fingir con ello que no fuese (...) conocí por ello que yo era una sustancia *cuya esencia y naturaleza toda es pensar, y que no necesita, para ser, de lugar alguno, ni depende de cosa material.*¹⁰

Simone de Beauvoir (2009) comprendió que el sujeto moderno fue imaginado a imagen y semejanza de la masculinidad dominante. El origen de la revuelta del sujeto frente a su condición carnal se origina en el horror de saberse engendrado, es decir, mortal. Él “desearía renegar de sus ataduras animales; por el hecho de su nacimiento, la Naturaleza asesina tiene poder sobre él” (De Beauvoir, 2009, p. 146). Esta mancha del nacimiento usualmente se achaca a la madre, y la cura de esta condición natural de la finitud se busca en el Padre. De aquí que, no obstante algunos antecedentes provenientes de la antigüedad, en este punto Descartes sea deudor del cristianismo. Sloterdijk (2011, p. 137) recuerda que en *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, Hegel escribió que los griegos interpretaron el mundo como la casa de lo que es, mientras que fue San Pablo quien definió al cuerpo (y por extensión al mundo) como un lugar inhóspito y lúgubre para los hombres, por no decir prescindible, en la Segunda Carta a los Corintios:

Es que sabemos que si nuestro albergue terrestre, esta tienda de campaña, se derrumba, tenemos un edificio que viene de Dios, un albergue eterno en el cielo no construido por hombres; y, de hecho, por eso suspiramos, por el anhelo de vestirnos encima la morada que viene del cielo (Pablo, 2 Corintios, 5, 1-2, citado en Sloterdijk, 2011, pp. 137-138).

La cuestión es que, trasladado a la metafísica de la subjetividad, el mito religioso se propagó como mito de la razón. Así pues, el sujeto moderno se pensó a sí mismo como inmaterial y autosuficiente, capaz de existir sin (co)habitar. Martin Heidegger (1994, pp. 127-142) interpretó el extravío

¹⁰ Como en la antigüedad, naturaleza y esencia vuelven a quedar soldadas una a la otra en la sustancia como modos de referir a aquello que se sustrae del imperio del tiempo, aunque ahora la sustancia se mudara al ámbito del pensamiento.

de la metafísica moderna al señalar como un síntoma de nuestra época que en el lenguaje coloquial el habitar dejaba de ser entendido y experimentado como el ser o rasgo fundamental del hombre. En esta tradición, el hombre comenzó a pensarse “como un ser que no habita, que no tiene vivienda, salvo alojamientos volátiles, cambiantes. (...) Esa es la ideología contemporánea fundamental: todos somos vehículos, buscamos un estacionamiento, pero no un país” (Sloterdijk, 2008, p. 92). No resulta azaroso que el sujeto moderno, representante del conocer entendido como *ingenium* (Descartes, 1996) –es decir, de un saber productivo, no necesariamente ético– tenga más dificultades para cohabitar que para viajar y producir, ni que el producir mismo, que adquiere un carácter compulsivo al apoyarse en la ilusión del crecimiento y progreso infinitos, sea precisamente la causa de la crisis del cohabitar.¹¹

Pero incluso Heidegger (1958, pp. 31-33), tal vez el filósofo más importante del siglo XX, concibe al hombre cortado de la animalidad, y no es capaz de pensar ese habitar más allá del humano. Peter Sloterdijk (2011) subraya que en su *Carta sobre el humanismo*, el pensador existencialista sostiene que el ser viviente (no humano) se encuentra separado por un abismo de nuestra esencia ec-sistente, y que podría parecer que la esencia de lo divino está más cerca de nosotros que aquel: “[v]isto desde esta perspectiva tan especial, el hombre viene determinado como una esencia que ha sido arrancada del sistema de parentesco de la animalidad” (Sloterdijk, 2011, p. 105).¹² En esta concepción que sigue rindiendo tributo a fuentes religiosas y a la metafísica moderna, el animal queda arrojado al destino de un objeto pasivo, mientras que el *Dasein*, el ser-ahí (encarnado en el humano) ocupa el lugar de un Dios creador de mundo. De aquí que el habitar heideggeriano no pueda comprender al ente en general, y siente condi-

¹¹ Hoy sabemos que el crecimiento económico se produce en términos globales a expensas de la naturaleza: entre 1992 y 2014, el capital producido *per cápita* se duplicó y el capital humano *per cápita* aumentó alrededor del 13% a nivel mundial, mientras que las existencias de capital natural *per cápita* disminuyeron en casi un 40%. Véase Dasgupta (2021b).

¹² Invertiendo el esquema heideggeriano, la propuesta de Sloterdijk consiste en repensar el proceso de la hominización (el advenimiento del hombre al “claro”) desde abajo, es decir, a través de una historia antropológico-filosófica que él llama onto-antropología. A su juicio, esta indagación no queda comprendida sólo en la modernidad, sino que debe remontarse a la emergencia del humano en su relación con el recinto habitado.

ciones que configuran silenciosamente las interpretaciones restrictivas del derecho hasta nuestros días. En este sentido, Valeria Berros (2023, nota al pie n° 15) apunta una observación de Aníbal Falbo acerca de que jamás se ha pensado que los “habitantes” del suelo argentino, a los que se evoca en el preámbulo de la Carta Magna de la República Argentina, puedan ser otra cosa que humanos. La meditación heideggeriana sentencia, como si se tratara del principio de su método, que “[l]o que dicen propiamente las palabras esenciales del lenguaje cae fácilmente en el olvido a expensas de lo que ellas mientan en primer plano” (Heidegger, 1994, p. 130). De modo que no podrá acusárenos de poner de relieve el sentido menos evidente de las palabras (aun cuando éste fuera manifiesto) si confesamos que, con la mirada puesta en los puntos ciegos de nuestra autocomprensión, no puede resultarnos indiferente que para Heidegger el *Dasein* surja en ese ámbito que denomina “el claro de bosque”. El pensador de la Selva Negra es contemporáneo, e incluso testigo directo del arrasamiento humano de los bosques primarios templados europeos de los que hoy no queda ni una hectárea.¹³ ¿Cómo no escuchar los golpes del hacha en el eco de las palabras de Herder, que Heidegger repite para aludir celebratoriamente al nacimiento del lenguaje?: “«todos nosotros seguiríamos recorriendo los bosques si no nos hubiera envuelto el aliento divino y no flotara en nuestros labios como un sonido mágico»” (Herder, 1887, pp. 140 y ss., citado por Heidegger, 2012, p. 236). Como si fuera el efecto de un odio inconfeso dirigido a la naturaleza en la que el “creador de mundo” no se quisiera afiliado, el claro se expandiría de modo brutal y acelerado, hasta mutar en desierto.

En suma, resulta claro que las consecuencias del giro moderno en lo que concierne al modo en que (no) pensamos la naturaleza son extraordinariamente actuales. Derrida (2008 y 2010)¹⁴ argumenta y demuestra pormenorizadamente que ni Kant en el siglo XVIII, ni Heidegger ni Levinas en el XX, lograron escapar a la concepción cartesiana que desmaterializa al sujeto y convierte en mecanismo a la materia. Ésta supone que fuera del mundo de interacciones humanas no hay respuesta ni comunicación, sino

¹³ Los bosques templados, que hasta el siglo XVIII ocupaban más de 400 millones de hectáreas, han sido erradicados (Mancuso, 2021, p. 51).

¹⁴ Véase también Zaffaroni (2011).

sólo reacción u obediencia ciega a las leyes causales. De esto se derivó sin meditarlo demasiado, como si una cosa se siguiera con lógica impecable de la otra, que no es posible conceder dignidad a nada por fuera de la vida humana, sino sólo medida y precio, y que nada ni nadie es susceptible de ser sujeto de derecho, a excepción del ser humano.

4. Sujeto y dignidad

En la herencia moderna, el idealismo contribuyó al autocentramiento del hombre como exclusivo sujeto de derecho. En éste, el efecto del cristianismo y de la filosofía cartesiana se hace sentir en la compulsión a nombrar al animal como figura de contraste, a los fines de garantizar la delimitación tranquilizadora de “lo propio” del hombre. Al inicio de su comentario célebre sobre la dialéctica del Amo y el Esclavo, Alexander Kojève (2006, p. 10) establece: “El hombre es (...) autoconsciente, consciente de su realidad y de su dignidad humana, y en esto difiere fundamentalmente del animal, que no supera el nivel del simple sentimiento de sí”.¹⁵ A diferencia del histórico deseo humano, el deseo del animal estaría imposibilitado de cambiar su naturaleza/esencia.

Sin embargo, antes de proceder al rechazo *in toto* de esta corriente, es necesario considerar que el idealismo acuñó el concepto de *dignidad humana*. Lambruschini (1996) observa que desde entonces la dignidad dejó de ser un atributo privilegiado de los dignatarios. A ellos se los consideraba diferentes, no por causas de orden social e históricas, sino “por naturaleza”, es decir (otra vez) *esencialmente* diferentes. Con la ampliación del alcance de la dignidad nació también la idea hasta el momento inédita de que los hombres tenemos derechos y que debemos exigirlos. Sólo entonces fue posible que nos in-dignáramos, una actitud que no consentiríamos abolir. Por su libertad y su dinamismo, el sujeto del idealismo se opone al objeto, a la cosa (*res*), a la pasividad y a la servidumbre, y es irreductible a los deter-

¹⁵ Judith Butler (2012, p. 113, nota n° 9) argumentó que fue la recepción francesa de Hegel, realizada por Kojève, la que le dio rasgos antropocéntricos al sujeto, y que al mismo tiempo imaginó la existencia natural como estática, no susceptible de evolución.

minismos (Lambruschini, 1996, p. 3). Así, la palabra adquiere un sentido que es prescriptivo más que descriptivo, con irrenunciables consecuencias liberadoras que sería conveniente revisar críticamente antes que revocar.

Tal como señala Lambruschini (1996, pp. 3 y ss.), en esta herencia controvertida de la metafísica de la subjetividad, la idea de sujeto fue entonces la de un *individuo* que es capaz de pensar *por sí*, de hablar *por sí*, de actuar *por sí*. Este es, de modo paradigmático, un sujeto de conocimiento, moral y lingüístico: tiene competencia cognitiva, comunicativa e interactiva. Desde nuestra perspectiva, estas exigencias antitiránicas ponen de relieve de inmediato que la categoría que ofrece defensas contra la heteronomía también se sostiene sobre la cosificación instrumental de la naturaleza:

La idea del hombre se expresa en la historia europea en su diferencia respecto al animal. Mediante la irracionalidad del animal se demuestra la dignidad del hombre. Esta antítesis ha sido predicada con tal constancia y unanimidad por todos los antepasados del pensamiento burgués –antiguos judíos, estoicos y padres de la Iglesia–, y luego a través de la Edad Media y la Edad Moderna, que pertenece ya, como pocas otras ideas, al fondo inalienable de la antropología occidental (Adorno y Horkheimer, 1998, p. 291).¹⁶

Dicho de otro modo: la identidad del sujeto adquiere consistencia en el proceso por el cual la masa humana segrega a las criaturas no humanas. La exclusión de lo propio no reconocido que se proyecta como radicalmente heterogéneo permite solidificar la mismidad autocomplaciente. Para que haya un “nosotros”, el sujeto-humano en este caso, se necesita un “ellos”, lo no-humano, que es de inmediato lo infra-humano. El otro, a menudo el enemigo, solidifica el grupo de pertenencia al convertirse en receptáculo del odio interno proyectado hacia afuera. Adorno y Horkheimer postularon que el nacimiento de la subjetividad, ya no sólo moderna sino occidental, se inaugura con la instrumentalización de lo que es naturaleza en

¹⁶ Descola (2010, p. 94) se sitúa en la herencia de esta tradición crítica cuando afirma: “en el lenguaje de la modernidad, la cultura extrae sus especificaciones de su diferencia con la naturaleza: ella es todo aquello que la otra no es. En términos antropológicos, llamaremos a esto antropocentrismo”.

nosotros, y con la transformación de la naturaleza externa en medios para nuestra supervivencia (Adorno y Horkheimer, 1998, pp. 97-128).¹⁷

Jacques Derrida (2008, p. 121, y 2009, p. 80) recuperó y amplió la crítica adorniana del sujeto idealista en más de un pasaje memorable de sus discursos. El argelino subrayó que en *Filosofía de la música*, Adorno (2003, p. 78) descifró en las nociones kantianas de autonomía, dignidad (*Würde*) del hombre, y autodeterminación moral (*Selbstbestimmung*)

no sólo el proyecto de dominio y soberanía (*Herrschaft*) sobre la naturaleza sino una verdadera hostilidad, un odio cruel “dirigido contra los animales” (*Sie richtet sich gegen die Tiere*). El “insulto” (*schimpfen*) contra los animales (“¡animal!”), o contra el hombre en cuanto animal sería un rasgo distintivo del “idealismo auténtico” (en Derrida y Roudinesco, 2009, p. 80).

Es tentador, y casi inevitable, interpretar esta tesis sobre el idealismo situándola en la herencia de la reflexión freudiana sobre la herida biológica del narcisismo humano, que culminaba utilizando el nombre del animal como insulto. La historia del abismo es la historia en la cual la animalidad que, de acuerdo con Freud (2004), en alguna época primordial había representado a los dioses y antepasados (al tótem), se convirtió en estigma (en tabú). En este punto, la cuestión sigue siendo por qué en la historia de la subjetividad una convicción deja de ser obvia y, complementariamente, otra perspectiva comienza a serlo. Se trata de un mecanismo habitual en la dinámica psicológica e histórica de la identidad que, por un lado (y como en el caso del animal), lleva al viejo ideal del grupo (el tótem) a convertirse en objeto depositario del odio y de los atributos opuestos a los rasgos dadores de orgullo de la sociedad, y por otro, como en el caso de Jesús, puede revalorizar al chivo expiatorio, al segregado por la masa (el tabú), trasladándolo desde el ámbito de lo abyecto a la posición de ideal al que se aspira, de ejemplo a quien se imita (Benvenuto, 2023). Volviendo al primer

¹⁷ Es curioso que en el *excursus* titulado “Odiseo, o mito e Ilustración”, Adorno y Horkheimer no citen el fragmento nietzscheano que colocamos como epígrafe, del cual muy posiblemente extraen el recurso a la figura de Odiseo como anticipación de las tendencias pathos-fóbicas del idealismo y la racionalidad instrumental.

caso, Freud (2004, p. 115) reconoce como un aporte de Lang el haber señalado los casos nada aislados “en que unos nombres puestos desde afuera, y que en su origen se entendían como burla, fueron aceptados por los así designados, quienes los llevaron por propia voluntad”,¹⁸ y aun con orgullo. Siguiendo esta lógica recurrente que gobierna la psicología de las masas, no sorprende que el animal (como figura que condensa la red de la vida), devaluado por la modernidad y el idealismo se encuentre, como sugiere Valeria Berros, en vías de revalorización, en una época que por razones éticas y ecológicas ha puesto en serias dudas la legitimidad del sacrificio de la tradición naturalista que subyace al derecho occidental.

El hecho de que en el marco de la metafísica moderna ningún ser fuera del humano se conciba como un sujeto pensante dotado de un alma inmortal, confiere en última instancia una ventaja oscura, que había sido reconocida explícitamente por Descartes (1991, p. 366): este esquema “absuelve [a los hombres] de la sospecha de delito cuando comen o matan animales”. En otras palabras: aceptamos más fácilmente el trato que le damos al “resto” de las criaturas si pensamos que ser utilizado, asesinado o comido no puede significar para ellas nada parecido a lo que supondría para nosotros. Es algo que en lo concerniente a ciertos animales, en particular, resulta especialmente inverosímil. De este modo, alejándose del potencial equívoco del antropomorfismo (la atribución infundada o ideológica de rasgos humanos a otras especies), Descartes se desplazó a la convicción opuesta, que Frans De Waal (2006 y 2016) llama “antroponegación”: la negación *a priori* de rasgos humanos en otros animales, o de rasgos animales en el ser humano. Así Descartes pretendió derogar la gradación entre las diferentes formas de vida, y consolidó el abismo *en* el hombre y *entre* él y los otros vivientes.

La carta citada de Descartes ilustra el hecho de que el nacimiento del sujeto coincide con lo que Derrida (2005 y 2009) llamó la puesta en muerte del animal como denegación del asesinato:¹⁹ implícita en la misma institución de este sujeto soberano se deriva la habilitación para matar al animal sin que ello se considere un crimen. Derrida recuerda que el “No mata-

¹⁸ En la Argentina, resultará fácil reconocer esta dinámica en los apodos de las hinchadas de los clubes de fútbol.

¹⁹ Trabajé sobre algunos aspectos de este tema en: Drivet, 2020.

rás” que funda nuestra cultura jamás fue entendido como la prohibición de exponer a la muerte al viviente en general. En la tradición religiosa que se prolonga en la modernidad y en el idealismo “[e]l otro, tal como se deja pensar conforme al imperativo de la trascendencia ética, es ya el otro hombre (...) en un mundo donde el sacrificio es posible y donde no está prohibido atentar contra la vida en general” (Derrida, 2005). El otro que encarna el quinto mandamiento “bajo la forma de una pregunta: ¿Qué te hace pensar que puedes suprimir mi existencia?” (Sloterdijk, en Finkielkraut y Sloterdijk, 2008, p. 39), es un otro que tiene un rostro, es decir, una “formación anatómica que descarta el hocico” (Sloterdijk, 2011, p. 127). Resulta evidente que esa pregunta conmovedora debe extenderse a un “otro” más amplio, no necesariamente cortado al talle del sujeto de la herencia sacrificial moderna.²⁰ Sólo una ampliación de ese otro podría permitirnos conservar el potencial liberador del imperativo categórico kantiano que conjura formalmente el horror hitleriano (y sienta las bases de los Derechos Humanos). Será preciso tener en cuenta la formulación adorniana que reza “trata de vivir de modo tal que puedas creer que has sido un buen animal [*ein gutes Tier gewesen zu sein*]” (Mendieta, 2011, p. 154). Pues, pese a todo, la dura crítica a los presupuestos del modo moderno e idealista de concebir al hombre no significa que el sujeto deba ser abolido. Ésta es también la convicción de fondo del trabajo de Valeria Berros con el que dialogamos: la tendencia que la autora identifica en el derecho actual no propende al rechazo, sino que llevaría a la ampliación y transformación de la categoría de sujeto, a través de la revisión de sus postulados.²¹

²⁰ Sloterdijk (en Finkielkraut y Sloterdijk, 2008, p. 39) pregunta: “¿qué es un medio ambiente sino la forma más general de la alteridad?”.

²¹ En este sentido, su perspectiva es crítica, y recupera la tendencia reflexiva inmanente a la modernidad, que se diferencia de cualquier gesto de rechazo *in toto* o de “liquidación” del sujeto (Derrida, 2005).

5. Por una ética comunicativa ampliada: el derecho más allá del sujeto

La restricción antropocéntrica y egocéntrica de la subjetividad se sitúa en los fundamentos del Derecho actual que hoy se sacuden. Hemos visto que con la metafísica moderna se instaló la división de lo que es entre lo subjetivo y lo objetivo, poniendo de un lado lo anímico (el hombre, que tiene un yo), y del otro lo cósmico, lo mecánico, lo no humano: “[I]a aplicación práctica de esta distinción –sintetiza Sloterdijk (2011, p. 143)– es el dominio”. En suma, la inexistencia de sujeto en la naturaleza más allá de lo humano no es un punto de partida obvio, sino el resultado arbitrario (y hoy insostenible) de un proceso en el que la energía toda del sujeto se empleó en crear la ausencia de sujeto. En esta herencia, ser sujeto significó poseer agencia y autonomía, capacidad de pensamiento y competencia comunicativa. Durante mucho tiempo se supuso como evidente que todos los humanos, a quienes se confiere dignidad, cumplen estos requisitos excluyentes, y que ningún ser vivo no humano podía satisfacerlos. Y si al menos luego de la Declaración Universal de los Derechos Humanos nadie duda de que un humano incapaz de hablar o de decidir por sí es un sujeto poseedor de dignidad, para los seres vivos no humanos, sin embargo, tampoco constituyó una garantía para acceder a ciertos derechos acreditar alguno de los atributos mencionados. Como recuerda Valeria Berros (2023, p. 5), el reconocimiento de la agencia a ciertos animales en los juicios en los que se los acusaba no implicó que se les reconocieran derechos. En este sentido, la novedad de nuestra época consistiría en que son defendidos, no acusados y, sobre todo, en que pueden (o están en proceso de) constituirse como demandantes de sus derechos.

En cuanto a la autonomía, Derrida (en Derrida y Roudinesco, 2009) reconoce que en la tradición filosófica europea no se concibe un sujeto (finito) de derecho que no sea un sujeto de deber. Por ello, los animales estarían impedidos de participar de un contrato jurídico en el cual tendrían deberes a cambio de derechos reconocidos: “[e]s en el interior de ese espacio filosófico jurídico donde se ejerce la violencia moderna para con los animales, una violencia contemporánea y a la vez indisoluble del discurso de los derechos del hombre” (en Derrida y Roudinesco, 2009, p. 85). Por

ello, aun en el caso de que los seres vivos, los biomas o el sistema climático no pudieran formar parte del concepto de sujeto, esta condición no debería arrojarlos a la ausencia de derechos. En este sentido, asegura el filósofo argelino, es el mismo concepto de “derecho” el que debe ser re-pensado.²² Sin abandonar la axiomática general del derecho humano, se trataría de fomentar las relaciones entre los hombres y los animales (y por qué no, entre los hombres y la dimensión natural de la existencia, en sí mismos y en otros) para conseguir algunos progresos en el sentido del respeto máximo. Esta perspectiva prohibiría “entregarse a las peores violencias, es decir, al tratamiento meramente instrumental, industrial, químico genético de los vivientes” (Derrida, 2009, p. 84), y forzaría a ampliar la dicotomía “sujeto u objeto” para admitir un punto de vista “económico”, según el cual la dificultad en la responsabilidad ética es que la respuesta jamás se formula por un sí o por un no, sino por medidas preferibles, dado que siempre hay imperativos contradictorios (Derrida, 2009, p. 87).

Ahora bien, esto conduce a la pregunta de si pueden otorgarse derechos a un ente natural no humano sin necesidad de conferirle el estatuto de sujeto. ¿Serían suficientes dichos derechos para garantizar el respeto y responder adecuadamente al gran desafío del colapso climático y el ecocidio? La cuestión parece ser hoy legislar no sólo sin desconocer que los animales no humanos, el sistema climático o un río, por ejemplo, pueden e incluso deben ser sujetos de derecho, sino, de modo más amplio, sin hacer de cuenta que no pertenecemos a la totalidad natural de la que dependemos como especie. “Uno no se cura de la pertenencia al mundo. Pero, a fuerza de sanación, puede curarse de creer que no pertenece a él”, sintetiza Latour (2017, Primera conferencia). A excepción de las plantas, que han sabido desentrañar el misterio del autotrofismo, para nosotros, presuntuosos animales sapientes, vivir es esencialmente vivir de la vida de otro (Coccia, 2017). Habernos concebido como seres desligados de las relaciones de dependencia con la totalidad natural es acaso el corazón del colapso ecológico del que somos causa eficiente. Sentimos un horror airado

²² Es lo que intenta, para escapar de los límites del contractualismo, el “enfoque de las capacidades”, aunque de un modo no exento a su vez de contradicciones y aporías. Véase Nussbaum (2004, pp. 298-324).

al reconocernos dependientes, porque experimentamos la dependencia unilateralmente como mengua de libertad (Mancuso y Viola, 2015). Para educar en el reconocimiento de lo que esa dependencia ofrece, es necesario deconstruir la ilusión tiránica de una libertad sin restricciones, y alimentar la sospecha sobre nuestra inclinación a equiparar la dependencia con el abuso y la humillación. El pasaje de la biofobia del sujeto moderno a una actitud que fomente la biofilia (Wilson, 2021) exige trabajar por una ética de la asociación (Merchant, 1996). Para ello es necesario comprender que la comunidad humana está en una relación dinámica con las comunidades no humanas, una relación en la que cada uno tiene poder sobre el otro, en la que cada uno depende de otros. Esta ética debe ser generada por los humanos, pero se promulga escuchando y respondiendo, afirma Merchant, a la voz (las voces) de la naturaleza. Esto nos conduce al asunto de la competencia comunicativa que se exige a los candidatos a sujetos, aun cuando se ha sostenido con buenos argumentos que no puede negarse la legitimidad procesal a los objetos naturales aduciendo que no hablan (Stone, 2009, p. 162).

Ya hemos visto que el racionalismo y el idealismo convirtieron en realidad histórica el mito bíblico que, como señala Stone (2009, p. 213), convertía al mundo en un diálogo sólo de hombres.²³ Desde entonces, los actuales metafísicos herederos de Descartes, a quienes Descola (2010, p. 77) llama “guardianes de la cultura”, no dudan de que “la naturaleza es sorda y muda, [y que] no se expresa sino a través de portavoces autorizados”. De modo que si bien los sujetos cartesianos ya no esperan la verdad revelada desde arriba (y así se deshacen con valentía del principio de autoridad), el problema es que tampoco la piensan como resultado del diálogo o el encuentro horizontal con el otro sujeto, y mucho menos proveniente de la escucha o de la consideración profunda de quienes (aún) no son sujetos. Zaffaroni (2011) resume que, víctima de la tradición inquisitorial que informa el pensamiento secularizado, el sujeto moderno se vuelve progresivamente

²³ Aunque este autor desestima el poder explicativo de las influencias intelectuales para entender el estado actual de la humanidad. Para fortalecer su puntualización equipara de modo inverosímil la influencia de la Biblia con la de la obra de Darwin (una milenaria y estatalmente impuesta, la otra reciente y secular).

incapaz de oír (*hören*), porque cree que no pertenece (*gehören*) a la totalidad que le expresa el ente. La partición decimonónica entre Ciencias Morales y Políticas, por un lado, y Ciencias Naturales, por el otro, reproduce el dualismo ontológico, y se apoya en la convicción de que sólo las primeras se ocupan de objetos (de estudio) capaces de responder (Todorov, 1993, pp. 9-22). Sin negar sus aportes, el giro lingüístico y el giro pragmático del siglo XX participan en líneas generales de esta convicción, y confirman la sospecha de que

después del idealismo alemán, todo lo que se denomina ciencias humanas ha implicado un esfuerzo policial, desesperante y desesperado para hacer desaparecer del dominio de lo cognoscible todo lo que concierne a lo natural (...) Mezclándose con falsos presupuestos, veleidades superficiales y un moralismo repugnante, los filósofos se han transformado en adeptos radicales del *credo* protagórico: ‘El hombre es la medida de todas las cosas’ (Coccia, 2017, p. 30).²⁴

Si es necesario abandonar parte del esfuerzo psíquico que hemos invertido en separarnos y distinguirnos del universo, como afirma Stone (2009, p. 218), es porque la filosofía del silenciamiento de lo vivo (De Fontenay, 1999) condujo a un mundo en el que vivir se ha convertido en un combate incesante contra la persecución, el tormento y el aniquilamiento, en una huida de la Tierra. Éste es un resultado antropogénico, no un estado de cosas inmemorial de la vida y de su evolución, en la que la posibilidad de supervivencia se liga a diversas formas de asociación, de ayuda mutua, y de cooperación, como argumenta el clásico libro olvidado de Kropotkin (2021), antes que en el modelo de una competencia despiadada o de una lucha a muerte.

Pero los críticos de los fundamentos milenarios que condenaron a la cosificación y al silencio a los animales, señalaron la paradoja de que en la medida en que el hombre se maquiniza y pasa a ser instrumento de la economía, la vida animal se convierte, por contraste, en el verdadero objeto de

²⁴ El juicio adverso contra el idealismo debería excluir explícitamente a Schelling, quien en 1809 denunció el olvido de la naturaleza como la común deficiencia de la filosofía europea (Grant, 2006).

la psicología. Sólo esa vida, escriben Adorno y Horkheimer (1998, p. 291), “transcurre guiada por movimientos psíquicos”, sólo ella “es una vida con alma”. De un modo menos provocador, no sólo en el terreno de la etología (De Waal, 2016),²⁵ sino al interior del campo del derecho, se comenzó a admitir, sin temor al antropomorfismo, que “[l]os objetos naturales *pueden* comunicarnos sus deseos (necesidades), y además en formas no demasiado ambiguas” (Stone, p. 175).²⁶ Incluso cuando hemos criado infantes desde la aparición de la especie, sólo recientemente fuimos capaces de reconocer, con las consecuencias que de ello derivan, que no es necesario que una criatura articule verbalmente una demanda respetando sujeto y predicado para asumir que es capaz de comunicarse. Aún cuesta pensar que los “bárbaros” (ahora los no humanos) no están privados de comunicación, sino que posiblemente hablan **de** un lenguaje (o se valen de un código) que no es el nuestro. Al releer la casuística analizada por Valeria Berros uno se pregunta por qué a ningún defensor de quienes explotan comercialmente el bioma marino o los humedales se le ocurrió iniciar una contrademanda cuyo enunciadore fuera un animal no humano, exigiendo por ejemplo que se permita a los humanos utilizar el hábitat como recurso, y eventualmente destruirlo. ¿Por qué ningún representante legal del extractivismo planteó que si los animales, las plantas o el río hablaran nuestra lengua, podrían hacerlo defendiendo la voluntad crematística de algunos homínidos, el supuesto “derecho” a convertir en oro la tierra? Si de hecho a la parte interesada económicamente en los “recursos” ni siquiera les resulta imaginable, es porque este caso hipotético no resultaría verosímil. Y esto es porque nos resulta obvio que una demanda de ese estilo llevaría a los seres involucrados a defender sus perjuicios. En otras palabras: implícitamente acordamos acerca de las intenciones comunicativas de los seres vivos no humanos, al menos en un sentido elemental. Este vacío es, por ende, un síntoma que abona el campo argumentativo de los movimientos ecologistas. Constituye además una prueba de que íntimamente sabemos que la competencia

²⁵ Ver también la reflexión filosófica sobre los estudios etológicos de Despret (2018).

²⁶ Stone argumenta que tampoco hablan las personas jurídicas, los Estados, las herencias, los bebés, los incompetentes, los municipios o universidades, y todos ellos son “personas jurídicas”.

comunicativa no coincide con la capacidad de habla, y de que el establecimiento de una relación comunicativa (no meramente instrumental) entre especies es posible: que de hecho existe, y es estratégicamente desmentida.

La emergencia de nuevos sujetos de derecho y la tensión hacia una categoría ecológica del “otro” son indicadores de un proceso que me inclino a pensar como el tránsito de una relación predominante o exclusivamente instrumental, a una relación predominantemente comunicativa con la naturaleza (que somos). Estos términos tienen un sentido tanto descriptivo como normativo. Creo que es un proceso más amplio que aquel circunscrito a la noción de “nuevos sujeto(s)” en la medida en que una relación comunicativa, tal como la concibo, no exige siquiera la existencia de dos “sujetos” en el sentido tradicional de la palabra que hemos descompuesto. Exige en todo caso una disposición a la escucha de actores y procesos de los que dependemos y acerca de los que/quienes se debe admitir que no se limitan a reaccionar de modo idéntico *ad eternum*, sino que modifican su acción, su comportamiento y su composición, o adaptan y modulan su(s) metabolismo(s), en función de las variaciones del entorno complejo, es decir, de la actividad interrelacionada de otros cohabitantes. Por otro lado, escribo “predominantemente comunicativa” porque la relación instrumental no parece una dimensión que pueda revocarse, lo cual no quita que deba transformarse. Concretamente, puede hacerse en términos del pasaje, propuesto por Sloterdijk (2011), de la alotécnica, propia de la metafísica clásica, a la homeotécnica. La primera se caracteriza por efectuar operaciones violentas y contranaturales sobre los objetos, y le impone a la materia fines extraños a ella. Desde esta perspectiva, el sujeto amo ejerce un poder tiránico sobre la naturaleza, sometida a un estado de “esclavitud ontológica”, según la expresión de Sloterdijk (2011, p. 147). Frente a este modelo, que la modernidad y la coacción del idealismo –como filosofías que formaron sistema con el capitalismo– cristalizaron con resultados estremecedores desde el punto de vista ecológico, se plantea la alternativa de la homeotécnica. La sabiduría del taller artesanal que esta actitud recupera consiste precisamente en no forzar las cosas. El quehacer de este materialismo emancipatorio consiste en orientar y cuidar más que en imponer. Esta forma no tiránica de la operatividad sigue siendo un *hacer* positivamente, pero nunca enteramente ajeno al sentido del proteger y del poner

a buen recaudo. Parece evidente que la homeotécnica recupera actitudes y esquemas valorativos que han sido tradicionalmente femeninos, vinculados al cuidado, a la satisfacción de demandas no verbalizadas, y al ofrecimiento del amor tierno que resulta tan indispensable, especialmente en la crianza y la educación primaria (en la “domesticación”) de seres que (aún o ya) no son sujetos en el sentido de un adulto autónomo. En la medida en que pretende renunciar a la violencia sobre los objetos, esta técnica está edificada sobre la convicción de que es posible volverse receptivo de las intenciones o finalidades intrínsecas a la materia, los sujetos, protosujetos o entes no humanos. Puesto que siempre es posible integrar a la propia acción un criterio reflexivo que nos mantenga dispuestos a y capaces de imaginar qué es lo que resulta preferible desde la perspectiva del otro en determinada circunstancia. De modo que también la homeotécnica supone una perspectiva comunicativa ampliada de la que podría derivarse el respeto de la alteridad. En el marco de una ética comunicativa, los otros ya no permanecerían unilateralmente subordinados al sujeto, sino que establecerían con él una relación comunicativa.

Hasta aquí, hemos presentado algunos criterios generales de comprensión y autocrítica de los conceptos de “sujeto” y de “otro” con que solemos pensarnos, y a partir de los cuales legitimamos nuestro accionar. Esperamos que alberguen la potencialidad de contribuir a una reflexión amplia sobre la justicia ecológica. En este sentido, los lectores de *Discusiones* son destinatarios particularmente relevantes.

Bibliografía

- Adorno, T. y Horkheimer, M. (1998) *Dialéctica de la ilustración. Fragmentos filosóficos*. Valladolid: Trotta.
- Adorno, T. (2003) *Beethoven. Filosofía de la música*. Trad.: A. Gómez Schneekloth y A. Brotons Muñoz. Madrid: Akal.
- Agamben, G. (2005) *Lo abierto. El hombre y el animal*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo.
- Benvenuto, S. (2023) One Hundred Years of “Group Psychology and The Analysis of The Ego”. With Addendum. *The European Journal*

- of *Psychoanalysis* Aug 14. Disponible en: <https://www.journal-psychoanalysis.eu/articles/one-hundred-years-of-group-psychology-and-the-analysis-of-the-ego-with-addendum/>
- Butler, J. (2012) *Sujetos del deseo. Reflexiones hegelianas en la Francia del Siglo XX*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Coccia, E. (2017) *La vida de las plantas. Una metafísica de la mixtura*. Buenos Aires: Miño y Dávila.
- Darwin, C. (2008) *On the Origin of Species*. Oxford University Press.
- Dasgupta, P. (2021a) *The Economics of Biodiversity: The Dasgupta Review*. London: HM Treasury.
- Dasgupta, P. (2021b) *The Economics of Biodiversity: The Dasgupta Review. Headline Messages*. London: HM Treasury.
- De Beauvoir, S. (2009) *El segundo sexo*. Buenos Aires: Debolsillo.
- De Fontenay, E. (1999) *Les silences des bêtes. La philosophie à l'épreuve de l'animalité*. Paris: Fayard.
- De Waal, F. (2006) *Primates y filósofos. La evolución de la moral del simio al hombre*. Barcelona: Tusquets.
- De Waal, F. (2016) **¿Tenemos suficiente inteligencia para entender la inteligencia de los animales?** Barcelona: Tusquets.
- De Waal, F. (2019) *El último abrazo Las emociones de los animales y lo que nos cuentan de nosotros*. Barcelona: Tusquets.
- Derrida, J. (2002) *Fichus*. Paris: Editions Galilee.
- Derrida, J. (2005), «Hay que comer» o el cálculo del sujeto. Entrevistado por Jean-Luc Nancy. Versión castellana de V. Gallo y N. Billi. Revisada por M. Cragolini, *Confines*, 17.
- Derrida, J. (2008) *El animal que luego estoy si(gui)endo*. Madrid: Trotta.
- Derrida, J. (2010) *Seminario La Bestia y el Soberano. Vol. 1 (2001-2002)*. Trad.: C. De Peretti y D. Rocha. Buenos Aires: Manantial.
- Derrida, J. y Roudinesco, E. (2009) *Y mañana, qué...* Buenos Aires: FCE.
- Descartes, R. (1970) *Discurso del método*. Madrid: Espasa Calpe.
- Descartes, R. (1977). *Meditaciones metafísicas*. Madrid: Alianza.
- Descartes, R. (1991) *The philosophical writings of Descartes. Vol. III, The correspondence*. Trad. de J. Cottingham, R. Stoothoff, D. Murdoch y A. Kenny. Gran Bretaña: Cambridge University Press.
- Descartes, R. (1996) *Reglas para la dirección del espíritu*. Madrid: Alianza.

- Descola, P. (2010). Más allá de la naturaleza y de la cultura. *Conferencia en el Museo de Ciencias Naturales de la Plata*. Disponible en: <http://www.ceapedi.com.ar/>.
- Descola, P. (2012). *Más allá de la naturaleza y la cultura*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Descola, P. (2013) *The Ecology of Others*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Despret, V. (2018) *¿Qué dirían los animales si les hiciéramos las preguntas correctas?* Buenos Aires: Cactus.
- Drivet, L. (2020) Sobre la muerte que damos. Materialismo, humanismo y violencia. *Relaces*, 32(12), 11-23.
- Drivet, L. (2022) Pandemia (y rebelión) en la granja. Reflexiones sobre la renegación de la afrenta biológica del narcisismo humano universal, y sus implicancias ecológicas. *Relaces*, 38(14), 69-80. Disponible en: <http://www.relaces.com.ar/index.php/relaces/article/view/432/456>.
- Drivet, L. (2022a) Edipo, la peste y la esfinge. Animal y humano en uno de los mitos constitutivos de nuestra subjetividad, *Papeles del Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral*, 13 (24), 6-14. DOI: <https://doi.org/10.14409/p.v13i24.11579>
- Ferrater Mora, J. (1958) *Diccionario de Filosofía*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Finkielkraut, A. y Sloterdijk, P. (2008) *Los latidos del mundo*. *Diálogo*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Freud, S. (1966). Eine Schwierigkeit der Psychoanalyse. *Gesammelte Werke*. Zwölfter Band. Werke aus den Jahren 1917-1920 (pp. 3-12). S. Fischer Verlag.
- Freud, S. (1999). Una dificultad del psicoanálisis. En Freud, S. *Obras Completas*, Tomo XVII (pps. 125-136). Buenos Aires: Amorrortu.
- Freud, S. (2004) *Tótem y tabú*. *Algunas concordancias en la vida anímica de los salvajes y de los neuróticos*. En Freud, S. *Obras Completas*, Tomo XIII (pp. 1-164). Buenos Aires: Amorrortu.
- Goux, J-J. (1999). *Edipo filósofo*. Argentina: Biblos.
- Grant, I. H. (2006) *Philosophies of Nature After Schelling*. Great Britain: Continuum.

- Heidegger, M. (1994). Capítulo sexto. Construir, habitar, pensar. En Heidegger, M. *Conferencias y artículos* (pp. 127-142). Barcelona: Ediciones del Serbal.
- Heidegger, M. (1958) *Carta sobre el humanismo*. Trad.: R. Munier y R. G. Aguirre. Buenos Aires: Edición privada.
- Heidegger, M. (2007) *Los conceptos fundamentales de la metafísica. Mundo, finitud y soledad*. Madrid: Alianza.
- Heidegger, M. (2012) *Caminos de bosque*. Trad.: H. Cortés y A. Leyte. Madrid: Alianza.
- Kojève, A. (2006) *La dialéctica del Amo y del Esclavo en Hegel*. Buenos Aires: Leviatán.
- Kropotkin, P. (2021) *El apoyo mutuo. Un factor de la evolución*. España: Dharana.
- Lambruschini, G. (1996) Acerca de la categoría de sujeto. Inédito.
- Latour, B. (2017) *Cara a cara con el planeta. Una nueva mirada sobre el cambio climático alejada de las posiciones apocalípticas*. Siglo XXI. Versión electrónica.
- Mancuso, S. (2021) *La planta del mundo*. Buenos Aires: Galaxia Gutenberg.
- Mancuso, S. y Viola, A. (2015) *Sensibilidad e inteligencia en el mundo vegetal*. Buenos Aires: Galaxia Gutenberg.
- Mendieta, E. (2011) Animal Is to Kantianism as Jew Is to Fascism. En Sabonmatsu, J., *Critical Theory and Animal Liberation* (pp. 147-160). Plymouth: Rowman & Littlefield.
- Merchant, C. (1996) *Earthcare. Women and the Environment*. New York: Routledge.
- Nietzsche, F. (2001) *La ciencia jovial [La gaya scienza]*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Nietzsche, F. (2007) *Humano, demasiado humano. Tomo II*. Madrid: Akal.
- Nussbaum, M. C. (2004) Beyond “Compassion and Humanity” Justice for Nonhuman Animals. En Sunstein, C. R. y Nussbaum, M. C. (Ed.) *Animal Rights. Current Debates and New Directions* (pp. 298-324). Oxford: Oxford University Press.
- Schaeffer, J. M. (2009). *El fin de la excepción humana*. Buenos Aires: FCE.

- Sloterdijk, P. (2011) La domesticación del Ser. (Por una clarificación del claro). En Sloterdijk, P. *Sin salvación. Tras las huellas de Heidegger* (pp. 93-152). Madrid: Akal.
- Sloterdijk, P. (2015) *Celo de Dios. Sobre la lucha de los tres monoteísmos*. Madrid: Siruela.
- Stone, C. (2009). ¿Los árboles deberían tener legitimidad procesal? Hacia un reconocimiento de los derechos legales de los objetos naturales. En G. Hardin, C. Stone, C. Rose y C. Crawford (Eds.), *Derecho ambiental y justicia social* (pp. 135-230). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Todorov, T. (1993) *Las morales de la historia*. Barcelona: Paidós.
- Wilson, E. (2021) *Biofilia. El amor a la naturaleza o aquello que nos hace humanos*. España: Errata Naturae.
- Zaffaroni, E. R. (2011) *La pachamama y el humano*. Buenos Aires: Colihue y Madres de Plaza de Mayo.

Historias y porvenires para repensar sujetos de derechos y otros

*Histories and Futures for Rethinking Subjects
of Rights and Others*

María Valeria Berros*

Recepción: 30/11/2023

Evaluación: 30/11/2023

Aceptación final: 04/12/2023

Resumen: En este texto diálogo con los comentarios recibidos de parte de dos colegas que aceptaron reflexionar a partir de mis planteos en torno a *nuevos sujetos* y *nuevos otros* en el derecho contemporáneo. Por un lado, Leandro Drivet que en su artículo titulado “Desmontar el abismo entre Sujeto y Naturaleza. Sobre el extravío desnaturalizante de la subjetividad” efectúa una revisión de los presupuestos subyacentes al concepto de sujeto que informa el derecho moderno. Por el otro lado, el trabajo de Natália de Souza Lisbôa denominado “Seguir soñando, sin dejar de ver lo obvio: otros y nuevos sujetos y personas desde la perspectiva latinoamericana” que se enfoca en la necesidad de crear y ampliar futuros posibles mediante el reconocimiento de nuevos y otros sujetos y personas desde el prisma del denominado nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Palabras clave: Sujetos de derecho, Derecho de los Recursos Naturales, Derecho Ambiental, Derechos de la Naturaleza, Derecho Privado.

* Abogada y Doctora en Derecho, Universidad Nacional del Litoral. Investigadora Adjunta del Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y Profesora en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina. Correo electrónico: vberros@fcjs.unl.edu.ar.

Abstract: This paper discusses the comments received from two colleagues who agreed to reflect on the article in which I put forward some ideas on *new subjects* and *new others* in contemporary law. On the one hand, Leandro Drivet who in his article entitled “Dismantle the abyss between Subject and Nature. On the denaturing misdirection of subjectivity” reviews the assumptions underlying the concept of the subject that informs modern law. On the other hand, the article by Natália de Souza Lisbôa entitled “Keep dreaming while seeing the obvious: others and new subjects and people from the Latin American perspective” focuses on the need to create and expand possible futures through the recognition of new and other subjects and persons from the prism of the so-called new Latin American constitutionalism.

Keywords: Subjects of rights, Natural Resources Law, Environmental Law, Rights of Nature, Private Law.

El pasado olvidado es el título del primer apartado del texto de Leandro Drivet en el cual explica largamente otra manera de interpretar la organización espacial del Museo de Ciencias Naturales de La Plata y que, podríamos decir, es aplicable a muchos otros museos del mismo tipo. Aparece la historia como un eje y resulta inspirador para conectar este tema con un aspecto que no fue incorporado en mi primer texto: el anclaje histórico de las maneras de regular la naturaleza.

La obviada de los conceptos *sujetos de derecho* y *otros que no pueden ser dañados*, se basa, en buena medida, en una configuración de regulaciones que posee un anclaje de índole histórico. Si bien es difícil establecer fechas precisas y, mucho más, universalizar este aspecto, sí es cierto que se pueden identificar algunas líneas de continuidad que son las que me gustaría comentar a continuación.

Así, la perspectiva que trae Drivet en su texto resulta medular para poder re-observar el tópico con lentes que sintonicen con su mirada, no tanto para establecer etapas como para colocar en conversación formas de regular la naturaleza que han quedado sedimentadas y que conviven en los cuerpos legales actuales.

Si, por un lado, nos encontramos con normativa que reconoce nuevos sujetos de derecho y otros a los que no debe dañarse, por el otro, también identificamos un conjunto de regulaciones que siguen tornando viable el extractivismo que impera en nuestra región latinoamericana (Svampa y Viale, 2015).

En ese sentido, el derecho puede presentarse como yuxtaposición y circulación de sentidos heterogéneos y variables. La legislación sobre la explotación de recursos naturales permite que los extractivismos sigan en vigencia y aún se profundicen y, sin embargo, conviven tensamente como normas que incorporan el derecho a un ambiente sano o bien amplían derechos a la naturaleza o a algunos ecosistemas en particular (Berros y Carman, 2022).

Algunas reflexiones permiten comprender este resultado final. ¿Podría considerarse esta situación como una marca de época?

Este interrogante no es nuevo y ha sido bien observado por quienes realizan investigaciones sobre temas muy variados en el campo legal (Hermitte, 2013). Las regulaciones pueden operar como indicios de las discusiones y los pareceres de un momento histórico: las primeras normas ambientales permiten revisar la construcción social de un problema que comienza a ocupar no sólo a legisladores sino también a tribunales y cortes. En las normas, así como en los expedientes judiciales se tensionan conceptos permanentemente. Por ejemplo, la idea de transición energética frente a propuestas como la exploración petrolera en plataforma marina frente a Mar del Plata y su zona de influencia, las buenas prácticas frente a las fumigaciones ilegales que se esparcen a lo largo y ancho del territorio argentino, y así podríamos recuperar un extenso listado sobre temáticas de lo más variadas.

Durkheim, en su clásica obra “La división del trabajo social” prestó atención al fenómeno del derecho para pensar en nada menos que el lazo social. El texto jurídico en alguna medida da cuerpo a un inobservable. Pero, a su vez, al dar cuerpo, también cristaliza ciertas ideas. Esas ideas, pilares en muchos casos del pensamiento jurídico durante largo tiempo, al encontrarse con problemas de un nuevo tenor, comienzan a fisurarse por su incapacidad de dar respuestas. Incluso podríamos analizar las leyes

considerando que, en cierto sentido, pueden ser vistas como cicatrices. ¿En qué sentido?: *algo permanece en la piel después de cerrarse la herida.*

Si bien las heridas, los conflictos, no se cierran con una normativa nueva, sí es cierto que las ampliaciones de derechos también ofrecen una nueva mirada sobre los temas, una forma distinta de comprender.

Durante un largo período el derecho moderno se aproximó a la naturaleza a partir de las ideas de propiedad y aprovechamiento, incluso ilimitado. Esta última noción que remite a la carencia de límites fue luego matizada. En efecto, hacia mediados y fines de siglo XX comienzan a atenderse los límites a la explotación a través de un conjunto de regulaciones segmentadas sobre recursos naturales. Esto también tuvo su deriva en términos de enseñanza del derecho: los programas que componían esta materia se diagramaban por recurso: flora, fauna, suelo, bosques, etc.

Luego de ese período, principalmente hacia fines del siglo XX, lo cual es notorio en el desarrollo constitucional en América Latina, se incorpora el lenguaje de los derechos desde otro prisma: somos portadores del derecho a un ambiente sano. Una serie de reformas constitucionales en nuestra región se hizo eco de este tipo de reconocimiento de derechos y es así como en la década del noventa varios países introducen una cláusula constitucional en esta dirección. Si bien la redacción de estas posee diversos matices, es cierto que en general les es subyacente una perspectiva antropocéntrica. Sin embargo, nuevos lentes han comenzado a reinterpretar el sentido de algunas palabras como es el caso de “habitantes” que involucra nuestro artículo 41 de la Constitución Nacional (Falbo, 2017) y cuya revisión ha llamado la atención a Leandro Drivet. Puede que en esta reinterpretación se abra una puerta a sortear, uno de los tantos casos de interpretaciones restrictivas del derecho.

El autocentramiento del hombre, que también observa Leandro Drivet en su texto, podría servir para explicar algunas de las razones por las que la ampliación de derechos a la naturaleza ha sido resistida. En similar dirección Natália de Souza Lisbôa refiere al binarismo entre ciencias naturales y humanas que torna al campo jurídico como un espacio que posee cierta insuficiencia para explicar la emergencia de nuevos sujetos.

Este fenómeno jurídico de ampliación de derechos comienza su desarrollo en las primeras décadas del siglo XXI. Allí se observa un punto de

inflexión sobre la regulación de la naturaleza. En particular, en el texto que sella la reforma constitucional ecuatoriana se amplían derechos y se reconoce a la naturaleza o Pachamama como sujeto jurídico. Ya no se regula a la naturaleza como un recurso a explotar de modo racional o como parte de un ambiente que debemos tutelar, sino que se trata de sujetos que poseen sus propios derechos. Así, ecosistemas de los más variados como ríos, páramos, montañas, comienzan a salir del plano de los objetos para pasar al plano de los sujetos de derecho a través de normativas, decisiones judiciales, acuerdos entre comunidades y estados, etc.

En este recorrido que arroja una sedimentación de racionalidades sobre el vínculo entre naturaleza y sociedad, aparecen interrogantes que, en alguna manera, subyacen a las preocupaciones que presenta el texto de Natália de Souza Lisbôa: ¿cómo el capitalismo ha forjado nuestro vínculo con la naturaleza y a costa de quiénes?, ¿cuáles son las complejidades asociadas a las ampliaciones de derechos más allá de los humanos? ¿podrían, aún como consecuencia no buscada, terminar fortaleciendo desigualdades sociales? (Carman, 2017)

Estas preguntas permiten contextualizar las líneas que siguen que buscan incorporar cierta perspectiva histórica al proceso a través del cual hemos llegado a un momento en el que, a la vez que se amplían derechos a ecosistemas, se siguen generando normas que prometen su explotación, incluso irracional.

Tomamos el llamado derecho moderno como punto de partida. Allí se forjan los trazos principales. En éste la naturaleza se representa como un conjunto de recursos a explotar o bien como una cosa, objeto de regulaciones de diferente orden.

Por ejemplo, los animales son cosas que pueden generar daños por los que su propietario deberá responder (art. 1759 CCC). Se trata de un supuesto más de responsabilidad por la “cosa riesgosa”.

Por su parte, el derecho vigente también establece una serie de reglas a través de las cuales las personas pueden apropiarse de distinto tipo de animales, de peces, de cosas del fondo del mar, etc. (art. 1947 CCC).¹

¹ En ese sentido, nuestro Código Civil y Comercial prescribe, siguiendo el esquema del código civil previo, que: “Apropiación. El dominio de las cosas muebles no registrables sin dueño,

Las apropiaciones pueden generar conflictos y también el campo del derecho los atiende. En ese sentido, por ejemplo, se establece que “(...) Mientras el cazador no desista de perseguir al animal que hirió tiene derecho a la presa, aunque otro la tome o caiga en su trampa” (art. 1948); “Enjambres. El dueño de un enjambre puede seguirlo a través de inmuebles ajenos, pero debe indemnizar el daño que cause. Si no lo persigue o cesa en su intento, el enjambre pertenece a quien lo tome. Cuando se incorpora a otro enjambre, es del dueño de éste” (art. 1950). Resulta gráfico observar como se resuelven una cantidad de situaciones a los fines de hacer pervivir el derecho de dominio o bien de determinar cuando el dominio de una persona termina y comienza el dominio de otra.

Estos textos formaban parte de la llamada codificación decimonónica y, sin embargo, también forman parte de nuestro presente.

Es importante señalar que en este presente también encontramos llaves para pensar en algunos otros posibles futuros, uno de los ejes de las reflexiones de Natalia de Souza Lisbôa. En este caso, no de la mano de la ampliación de derechos a nuevos sujetos sino de otras herramientas tal vez menos disruptivas.

Si bien el nuevo Código Civil y Comercial no incorporó la función ecológica de la propiedad, si introdujo una limitación al ejercicio sobre bienes que puede ser vista como una clave para una posible metamorfosis sobre este tema. Así como son, en principio, jurídicamente cosas, lo cierto es que los ecosistemas deben ser respetados de una peculiar manera.

El artículo 240 establece límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes y estipula que “El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas

se adquiere por apropiación. a) son susceptibles de apropiación: i) las cosas abandonadas; ii) los animales que son el objeto de la caza y de la pesca; iii) el agua pluvial que caiga en lugares públicos o corra por ellos. b) no son susceptibles de apropiación: i) las cosas perdidas. Si la cosa es de algún valor, se presume que es perdida, excepto prueba en contrario; ii) los animales domésticos, aunque escapen e ingresen en inmueble ajeno; iii) los animales domesticados, mientras el dueño no desista de perseguirlos. Si emigran y se habitúan a vivir en otro inmueble, pertenecen al dueño de éste, si no empleó artificios para atraerlos; iv) los tesoros” (art. 1947)

del 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 previstos en la ley especial”.

Cabe señalar, durante el siglo XX, las regulaciones que se dedicaron a la flora, la fauna, los bosques, la energía, la minería, el suelo, de modo fragmentario también forjaron una nueva rama del derecho que, más tarde, dio lugar a la necesidad de salir de la fragmentación para pasar a generar una teoría integral de los recursos naturales (Haidar et al., 2015).

Esta mirada más holística fue la que luego sentó las bases del conocido como derecho ambiental.

En nuestra Constitución Nacional esta perspectiva fue incorporada por la Convención Constituyente en la reforma de 1994 como uno de los nuevos derechos y garantías. El artículo 41 de este cuerpo normativo sintonizaba con un proceso que, con matices, se desarrollaba en América Latina.

Aquí comienza a revestir centralidad la idea de ambiente como aquello que nos rodea.² Emerge con fuerza una nueva rama del derecho con un fin eminentemente protectorio y con un horizonte temporal incorporado. El derecho ambiental se nutre de la idea de legado que tenemos respecto de las generaciones que nos suceden y así se edifica una trama de mecanismos y herramientas que toman como principio la recomposición de los daños ambientales, intentan prevenir los daños futuros a partir de evaluaciones de impacto ambiental, plantean nuevos desafíos para la toma de decisiones cuando no existe certeza científica mediante la incorporación del principio precautorio, plantean la necesidad de robustecer la participación ciudadana en la toma de decisiones, entre otros aspectos.

Si bien se trata de un cambio de perspectiva notable respecto de la mirada más fragmentada de los recursos naturales, lo cierto es que no deja de estar sustentada en gran medida por una visión antropocéntrica cuya

² Parte de la doctrina argentina se entiende que el ambiente se compone de macro y micro bienes: “El ambiente es un “macro-bien”, y como tal es un sistema, lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas... Los “micro-bienes” son partes del ambiente, que en sí mismos tienen la característica de subsistemas, que presentan relaciones internas entre sus partes y relaciones externas con el macro-bien” (Lorenzetti, 2008)

ruptura se puede ver más asociada a innovaciones jurídicas más recientes como lo es la consideración de la naturaleza en tanto sujeto de derecho.

Este tema, sin embargo, no es nuevo. Varias décadas antes de la reforma constitucional de Ecuador se desarrollaron discusiones sobre este tópico.³ Sin embargo, solo recientemente se ha traducido en el plano regulatorio aquello que en los años setenta se planteaba como posibilidad: revisar el estatuto jurídico de la naturaleza, de la biodiversidad, etc.

Estas propuestas se pueden enlazar con las discusiones en términos de biocentrismo y ecocentrismo. En el primer caso se considera que toda forma de vida posee un valor en sí misma, con lo cual los seres vivientes por el hecho de serlo son portadores de valor moral. Para la perspectiva ecocéntrica, el acento se dispone sobre el valor que posee el mundo natural. Existen una multiplicidad de matices dentro de las perspectivas que se encuentran al interior de estas dos grandes conceptualizaciones y sólo algunas de ellas consideran que es necesario avanzar en la construcción y desarrollo de una teoría jurídica (Esquivel Frias, 2006).

Las reformas constitucionales y legales que se desarrollaron en Ecuador y en Bolivia, además, proponen esta ampliación de derechos dentro de proyectos más amplios. La Constitución del Ecuador de 2008 es el primer caso que hace este reconocimiento a nivel constitucional. Luego, en Bolivia, se enlazan la Ley de Derechos de la Madre Tierra N° 071 de 2010 y la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien N° 300 de 2012. Así, se considera que la dimensión ambiental del *sumak kawsay*, buen vivir, *suma qamaña*, vivir bien⁴ que configuran conceptos transversales a estos cuerpos legales, no sólo reconoce del derecho a un ambiente sano

³ Un texto que suele señalarse como fundacional es *¿Los árboles deberían tener legitimidad procesal? Hacia un reconocimiento de los derechos legales de los objetos naturales* de Christopher Stone (2009). Cabe destacar que, a su vez, en otras regiones del mundo, se estaban forjando ideas en sintonía. Por ejemplo, en la década del '80 se destacan otros aportes precursores desde Francia y Chile. Véase "Le statut de la diversité biologique" de Marie-Angèle Hermitte (1988) y "Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza" de Godofredo Stutzin (1984).

⁴ En Ecuador, la palabra de origen quechua *sumak kawsay* es incorporada en el texto constitucional y es traducida como buen vivir. En el caso de Bolivia se refiere al *suma qamaña*, traducido como vivir bien del aymara. Estos conceptos no se encuentran exentos de disputas en relación a su significancia, origen y contenido. Véase Le Quang y Vercoutère (2013).

sino también los derechos de la propia naturaleza, Pachamama o Madre Tierra. Es importante señalar, así como menciona Natalia de Souza Lisbôa, que existe un espacio destacado en estos procesos de cosmovisiones indígenas heterogéneas, diversas, que han sido históricamente relegadas. En efecto, sus contribuciones sobre como mirar, luego podríamos decir regular, la cuestión ecológica no han tenido espacio ni relevante ni suficiente en los procesos constitucionales o regulatorios. De allí también que estos procesos de reforma hayan sido tan estudiados, no sólo por la incorporación de la perspectiva de los derechos de la naturaleza sino por varias aristas que se relacionan con el rol que tuvieron las comunidades indígenas en los debates constituyentes. A partir de estas experiencias latinoamericanas, se ha señalado que expresan un camino indigenista de reconocimiento de derechos de la naturaleza, que se diferencia de los caminos religiosos y científicos (Hermitte, 2018).

Como hemos afirmado, si bien se pueden diagramar etapas de surgimiento de diferentes maneras de regular la naturaleza, es cierto que en el momento contemporáneo esas maneras que yuxtaponen y conviven, de modo tenso y contradictorio. En la medida en que se incorporan nuevos otros a los planteos judiciales, también se puede observar un complejo de resoluciones, decretos, leyes que avalan que esos otros sean dañados configurándose una especie de derecho del extractivismo cuya reconstrucción muchas veces se torna compleja. En la reinterpretación de los conceptos y del derecho vigente tal vez se encuentre una clave para revisar el funcionamiento soterrado del derecho del extractivismo y, como propone Natalia de Souza Lisbôa, poder aportar desde el campo del derecho a la construcción del porvenir.

Bibliografía

- Berros, M. V. y Carman, M. (2022). Los dos caminos del reconocimiento de los derechos de la naturaleza en América Latina. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 13(1), 1-44.
- Carman, M. (2017). *Las fronteras de lo humano. Cuando la vida humana pierde valor y la vida animal se dignifica*. Buenos Aires: Siglo XXI.

- Durkheim, É. (1902). *De la division du travail social*. Paris: F. Alcan.
- Esquivel Frías, L. (2006). *Responsabilidad y sostenibilidad ecológica. Una ética para la vida*. Tesis doctoral Facultad de Filosofía y Letras. Universidad Autónoma de Barcelona.
- Falbo, A. (2017). El término “habitantes” del artículo 41 de la Constitución Nacional excede a los seres humanos. *Revista Derecho Ambiental*, 20(52), 137-143.
- Haidar, V.; Berros M. V. y Levrard, N. (2015). Hacia una historia de la cuestión ambiental en América Latina: un análisis de los aportes de Guillermo Cano. *Revista de Historia del Derecho*, 50, 1-29.
- Hermitte, M. A. (1988). Le statut de la diversité biologique. En B. Edelman y M. A. Hermitte (Comps.), *L'homme, la nature et le droit* (pp. 238-249). Paris: Christian Bourgeois.
- Hermitte, M. A. (2013). *Le droit saisi au vif: sciences, technologies, formes de vie. Entre tiens avec Francis Chateauraynaud*. Paris: Petra.
- Hermitte, M. A. (2018). *Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant. Les Natures en question*. Paris: Petra.
- Lorenzetti, R. (2008). *Teoría del derecho ambiental*. Buenos Aires: La Ley.
- Le Quang, M. y Vercoutère, T., (2013). Ecosocialismo y buen vivir. Diálogo entre dos alternativas al capitalismo. En: *Cuadernos Subversivos*. Quito: IAEN.
- Stone, C. (2009). ¿Los árboles deberían tener legitimidad procesal? Hacia un reconocimiento de los derechos legales de los objetos naturales. En G. Hardin, C. Stone, C. Rose y C. Crawford (Eds.), *Derecho ambiental y justicia social* (pp. 135-230). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Stutzin, G. (1984). Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza. *Ambiente y Desarrollo*, I(1), 97-114.
- Svampa, M. y Viale, E. (2015). *Maldesarrollo. La Argentina del extractivismo y el despojo*. Buenos Aires: Katz Editores.

Sección II

**OTRAS
DISCUSIONES**

Desempolvando: un balance crítico de la discusión entre Nino y Carrió sobre el poder constituyente

Dusting Off: A Critical Balance of the Discussion between Nino and Carrió on the Constituent Power

Jorge Baquerizo Minuche*

Recepción: 08/03/2023

Evaluación: 03/05/2023

Aceptación final: 02/08/2023

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo principal examinar y debatir las ideas de Carlos S. Nino sobre el concepto de “poder constituyente”, generadas a partir de su discusión de una excelente monografía que Genaro Carrió escribió sobre el mismo tema. En este sentido, intentaré mostrar que los planteamientos de Nino también son susceptibles de algunas críticas (y no necesariamente orientadas en favor del enfoque inicial de Carrió) lo que, en cualquier caso, no le quita a Nino el mérito de haber contribuido con importantes reflexiones sobre esta materia. Este balance crítico, en el que se analizan varios aspectos de orden conceptual recurrentemente involucrados en los momentos constituyentes latinoamericanos, se efectúa a 30 años del fallecimiento de Nino, a 40 años de su discusión con Carrió, a 50 años de la publicación de la (ya clásica) monografía de Carrió y a 80 años del natalicio del primero.

Palabras clave: poder constituyente, competencia normativa, normas originarias, regla de reconocimiento, ley de Hume.

* Doctor en Derecho por la Universitat de Girona, España. Investigador postdoctoral “Margarita Salas”, Área de Filosofía del Dret, Universitat de Girona, España. Con el financiamiento del Ministerio de Universidades de España y de la Unión Europea - Next Generation EU. Correo electrónico: jorge.baquerizo@udg.edu.

Abstract: The main objective of this paper is to examine and debate the ideas of Carlos S. Nino on the concept of “constituent power”, derived from his discussion of an excellent monograph written by Genaro Carrió on the same topic. In this sense, I will try to show that Nino’s approaches can also be criticized (and not necessarily in favor of Carrió’s initial approach), which, in any case, does not take away from Nino the merit of having contributed with important reflections on this subject. This critical balance, in which I analyze several conceptual aspects commonly involved in Latin American constituent moments, is carried out 30 years after Nino’s disappearance, 40 years after his discussion with Carrió, 50 years after the publication of the (already classic) monograph written by Carrió, and 80 years after Nino’s birth.

Keywords: constituent power, normative competence, original norms, rule of recognition, Hume’s law.

1. La crítica de Carrió a la noción de “poder constituyente originario”

En una breve pero importante monografía de 1973 (*Sobre los límites del lenguaje normativo*),¹ Genaro R. Carrió (2001 [1973]) ofreció interesantes razones para criticar el concepto de “poder constituyente originario”.² Su principal argumento es que el significado de esta expresión (“poder constituyente originario”), tal como usualmente ha sido presentado por los teóricos del derecho constitucional y de las ciencias políticas, constituye una gruesa y recurrente transgresión a los *límites externos* del lenguaje normativo. Carrió, siguiendo varias ideas tomadas de la filosofía del lenguaje

¹ Cuyo texto posteriormente fue introducido como el capítulo V de *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, a partir de la tercera edición (1986).

² Como es bastante conocido, en los estudios de derecho público y constitucional se puede encontrar la tradicional distinción entre el “poder constituyente originario” (el “poder” por el cual una constitución ha sido instaurada sin sujetarse a normas jurídicas, es decir, “revolucionariamente”); y el “poder constituyente derivado” (sinónimo del poder de reforma constitucional previsto por la propia constitución). Sobre esta distinción, véase, por todos, Vedel (1984, pp. 115-116).

de Ludwig Wittgenstein y expuestas por David Pears, entiende por tales “límites externos” a aquellos que excluyen o “dejan afuera” la aplicación de ciertas reglas pertenecientes a una dimensión del lenguaje normativo, debido a fallas en los presupuestos normales del uso de ciertas expresiones (Carrió, 2001, pp. 26, 61-63).³ Concretamente, la presuposición defectuosa señalada por Carrió consiste en que se asuma la posibilidad de una competencia jurídica sin reglas que la constituyan; presuposición que está justamente en la base del concepto de “poder constituyente originario” y que, según el referido autor, no es más que un absurdo.

Para dar cuenta de cómo sucedería este exceso, Carrió recopila en primer lugar las caracterizaciones que usualmente se encuentran en la teoría política y en la dogmática constitucional respecto de la locución “poder constituyente originario”. El resultado consiste en un revelador listado de citas doctrinarias –“letanías”, como les llama Carrió con cierto sentido del humor– que califican a dicho poder como “inicial, autónomo e incondicionado”, “siempre fuera del orden jurídico”, “por naturaleza insubordinado”, “unitario, indivisible y absolutamente libre”, “permanente e inalienable”, etc. (Carrió, 2001, pp. 35-36). En síntesis, y en palabras del propio autor citado, se presupone que el poder constituyente originario “es (o posee) una competencia anterior a toda normación y que esa competencia es ilimitada o total” (Carrió, 2001, pp. 36-37).

Ahora bien, sobre la base de la reconstrucción conceptual realizada con estas caracterizaciones, Carrió desarrolla su crítica básicamente en dos pasos:

³ Se puede evidenciar que Carrió asumía aquí una concepción clásica de las presuposiciones, según la cual hay una relación *semántica* entre el enunciado formulado y el enunciado en que consiste la presuposición; luego, si falla la presuposición, falla el enunciado que se basa en aquella. Sin embargo, existe otra concepción de las presuposiciones de la que no necesariamente se seguiría algo así como una “transgresión” lingüística: la concepción *pragmática*, según la cual existe una relación (no ya entre enunciados sino) entre aquello que una persona asume o da por sentado como perteneciente a una base de conocimiento común o compartido —creencias o intenciones, por ejemplo— y los enunciados que las expresan (véase Stalnaker, 1973, pp. 447-449; y, también, Rapetti, 2017, pp. 48-50). Pues bien, como se verá más adelante (sección 2.2), cuando Carlos Nino estipuló una diversa forma de comprensión del denominado “poder constituyente originario”, se basó en una presuposición en sentido *pragmático* respecto del significado de “competencia normativa originaria”.

En el primer paso, Carrió (2001, pp. 44-46) identifica las manifiestas analogías que existen entre el concepto de “poder constituyente originario” y el concepto de “Dios” (o “Naturaleza”) en la filosofía de Baruch Spinoza;⁴ y, sobre esta base, cuestiona que en la teoría constitucional se siga ocupando un concepto tan elusivo, cuando otras disciplinas que tienen como paradigma al conocimiento científico repelen –desde hace mucho tiempo– los enunciados que no son refutables por la experiencia (Carrió, 2001, pp. 45-46).

Posteriormente, en un segundo paso, Carrió sostiene que el uso del concepto de “poder constituyente originario”, a efectos de justificar el cambio revolucionario de normas constitucionales, “importa la pretensión de llevar el concepto normativo de competencia (en el sentido de ‘potestad’ o de ‘atribución’) más allá de los límites dentro de los cuales [...] puede ser usado informativamente o servir realmente de justificación” (Carrió, 2001, p. 48). Es en este segundo paso donde Carrió muestra el núcleo de su crítica, como se verá enseguida.

Para Carrió, comprender que el poder constituyente originario consista en una “competencia inicial e ilimitada” es algo que carece completamente de sentido. ¿Por qué? Por un lado, según el referido autor, la idea de una “competencia inicial” (es decir, sin reglas que la hayan constituido) va en contra del concepto mismo de “competencia”, según el cual toda competencia deriva necesariamente “de una regla o conjunto de reglas” (Carrió, 2001, p. 49).⁵ Además, según Carrió, pensar en algo así como una “competencia inicial” es no tener en cuenta que toda competencia “funciona informa-

⁴ Lo más sorprendente de esta indagación en el pensamiento de Spinoza es que la distinción entre “poder constituyente” y “poder constituido” sería, según Carrió (2001, p. 45), correlativa a la distinción entre la *Natura naturans* (“la Naturaleza en cuanto se crea a sí misma y despliega sus poderes esenciales en sus infinitos atributos”) y la *Natura naturata* (“el sistema de lo creado, como sistema establecido”). Como el propio autor citado lo revela (Carrió, 2001, p. 86), esta analogía es tomada de la obra de Carl Schmitt, quien en su momento expuso que, en la concepción medieval, “sólo Dios tiene una *potestas constituens*”; el postulado según el cual todo poder o autoridad viene de Dios “tiene como significado el poder constituyente de Dios” (Schmitt, 1996, p. 95).

⁵ En este punto Carrió asume algo que usualmente se comprende respecto de toda competencia jurídica: que depende en última instancia de la existencia –o, dicho más precisamente, de la entrada en vigor– de determinadas reglas dentro de un sistema jurídico, esto es, de las normas de competencia (véase Ferrer Beltrán, 2000, pp. 135, 147).

tivamente dentro de un orden normativo cuya existencia es presupuesta al afirmar que alguien tiene una competencia” (Carrió, 2001, p. 49). Por otro lado, la idea de una “competencia ilimitada” le parece a Carrió “tan inconcebible como un objeto que tuviera todas las propiedades posibles” (Carrió, 2001, p. 49), pues el concepto de “competencia” funciona siempre con un “trasfondo de incompetencias”: si alguien es competente para hacer *algo*, entonces necesariamente es incompetente para hacer alguna otra cosa. En este mismo sentido, Carrió agrega que las reglas que confieren una competencia “excluyen, al mismo tiempo, aquellas cosas para las que no se otorga competencia” (Carrió, 2001, p. 49).

En suma, y refiriéndose a las dos notas características centrales que usualmente se atribuyen al poder constituyente originario, el mencionado autor condensa su crítica expresando que “[l]a idea de una competencia sin reglas de las que derive es algo así como la de un hijo sin padres, y la idea de una competencia total es algo así como la de una relación de parentesco total” (Carrió, 2001, p. 49). Por ende, de acuerdo con Carrió, usar el concepto de “competencia” para hacer referencia a una supuesta competencia normativa originaria e ilimitada, es usarlo “más allá de los límites dentro de los cuales ese concepto puede integrar expresiones lingüísticas usadas ‘en serio’ con fuerza informativa, prescriptiva, justificativa, etc., según sea el acto lingüístico de que se trate” (Carrió, 2001, p. 49).

Por estas y otras razones,⁶ Carrió concluye su trabajo expresando que el concepto de “poder constituyente originario” no solo está, en su opinión, “desprovisto de utilidad teórica”, sino que se convierte además en un factor de confusión ocasionado por el intento de buscar una imposible “fuente única, ilimitada y suprema de toda normación jurídica y de toda justificación jurídica” (Carrió, 2001, p. 57), lo que iría más allá de las posibilidades humanas de conocimiento y de expresión.

⁶ En la monografía de Carrió se encuentra adicionalmente un tercer punto crítico, relativo a la “eficacia actual” del poder constituyente (véase Carrió, 2001, pp. 49-54). Sin embargo, la exposición de este punto no es necesaria para los objetivos del presente trabajo.

2. La respuesta de Nino: dos refinados conceptos de “poder constituyente”

Diez años más tarde, dentro de una publicación colectiva de 1983 en la que se recopilaron varios ensayos en homenaje a Genaro Carrió, Carlos Santiago Nino preparó un artículo en el que se propuso discutir las ideas antes expuestas (Nino, 1983).⁷ Aunque Nino declara estar básicamente de acuerdo con Carrió en que las construcciones dogmáticas acerca del “poder constituyente originario” suponen “un serio trastorno conceptual que afecta al pensamiento de juristas y jueces” (Nino, 1985, p. 42), el objetivo general de su ensayo es articular una distinta forma de comprensión de dicho concepto que tenga la aptitud suficiente para escapar a las críticas de Carrió. En este respecto, se puede decir que Nino estructura su propuesta sobre la base de los siguientes propósitos específicos:

- a. Mostrar que la idea de una “competencia ilimitada”, asociada al “poder constituyente originario”, no es inconcebible (y, en cualquier caso, no es central en la crítica de Carrió);
- b. Mostrar que la idea de una “competencia originaria” sí que puede llegar a tener sentido, mediante una redefinición de su significado tanto en el contexto explicativo como en el contexto justificativo (lo que permitiría la correspondiente reconceptualización del “poder constituyente originario”); y,
- c. En cada una de las redefiniciones propuestas, superar el escollo de la denominada “Ley de Hume”.⁸ Con este específico objetivo, tomado

⁷ Con ligeros cambios, este trabajo se convirtió posteriormente en el capítulo III de *La validez del derecho* (Nino, 1985, pp. 41-68), que aquí será utilizado primordialmente para reconstruir las ideas de Nino.

⁸ Como se sabe, con esta expresión se alude a la regla lógica que prohíbe extraer conclusiones normativas a partir de premisas fácticas o, dicho más simplemente, a la imposibilidad –desde un punto de vista lógico– de deducir lo que *debe ser* solamente a partir de lo que, de hecho, *es* (véase Hume, 1740/1984, pp. 689-690). Genaro Carrió ya había identificado y criticado la continua infracción a esta regla lógica, al analizar los conceptos dogmáticos de “poder constituyente originario” elaborados por los constitucionalistas (Carrió, 2001, pp. 32, 78-85). Por ello mismo, Nino se plantea superar esta dificultad en su propuesta: se trata de un objetivo que se advierte con claridad en Nino (1985, p. 47 y ss.), donde el autor

casi como un desafío, Nino ideó una forma de comprensión del poder constituyente originario que, ante todo, fuera capaz de evitar dicha infracción lógica tanto en el contexto explicativo como en el contexto justificativo, lo cual rescataría al concepto en cuestión del diagnóstico de inutilidad teórica sostenido por Carrió.⁹

A continuación, trataré de exponer de forma sucinta la argumentación que Nino desarrolló para intentar mostrar los anteriores puntos.

2.1. El poder constituyente como competencia normativa “ilimitada”

Para Carlos Nino, esta crítica de Carrió es “inconcluyente”: en su criterio, no existen obstáculos –al menos *a priori*– para concebir un órgano al que ciertas normas le confieran una competencia total e ilimitada de producción normativa. Para ejemplificar el punto, menciona que esta sería

se refiere a la “Ley de Hume” utilizando (como sinónimo) la expresión “falacia naturalista” (Nino, 1985, pp. 48, 50-51).

⁹ Cabe destacar, por cierto, que el propio Carlos Nino contribuyó con estas ideas a poner en crisis la denominada “doctrina de las normas *de facto*” elaborada jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina a lo largo del s. XX. Según dicha doctrina, las normas jurídicas dictadas por los gobiernos *de facto* no eran susceptibles de ser revisadas judicialmente porque se consideraban válidas por razón de su origen y en la medida en que era necesario legislar para gobernar. Pero a partir del proceso de democratización iniciado a finales de 1983 en Argentina (en el cual Nino ejerció como asesor del presidente Raúl Alfonsín), tal doctrina fue revisada “gracias a la filosofía del derecho” (Nino, 2014, p. 69). Nino se refiere a que, dos días después de asumir la presidencia, Alfonsín propuso al Congreso la *anulación* de una ley de “autoamnistía” que el saliente gobierno militar había puesto en vigor para bloquear cualquier juzgamiento de violaciones a los derechos humanos (Nino, 2014, p. 70); dicha propuesta de anulación –que fue acogida en el Congreso por unanimidad, y que posteriormente motivó un giro en la jurisprudencia de la Corte Suprema– se fundamentaba en que “la validez de las normas jurídicas, por tratarse de una propiedad normativa que implica que la norma debe ser obedecida, no puede derivar de meras circunstancias de hecho, como ser el centro de la fuerza en una sociedad” (Nino, 2014, pp. 69-70). Y es que, según Nino, sostener la validez de las normas *de facto* sobre la base exclusiva del reconocimiento de ciertos hechos significa incurrir en una falacia “suficientemente clara” que aparece “con toda evidencia”: la “falacia naturalista” (Nino, 2014, p. 71).

precisamente la concepción que se tiene respecto del Parlamento Británico, del que usualmente se afirma que no está sometido a limitaciones jurídicas (Nino, 1985, p. 43).

Nino admite que la cuestión puede problematizarse si se tiene en cuenta una concepción de las normas de competencia como excepciones a reglas prohibitivas o de obligación (con lo cual, no podría haber atribución de competencias sin que correlativamente exista alguna prohibición u obligación que las limite).¹⁰ No obstante, Nino intuye, por la lectura de otros trabajos de Carrió,¹¹ que este en realidad no suscribe una concepción reductiva de las normas de competencia como fragmentos de normas de prohibición; por ello mismo, rehúsa entrar en la discusión sobre el carácter de tales normas. Más bien, Nino considera que la crítica acerca de la competencia ilimitada del “poder constituyente originario” no juega un papel central en el análisis de Carrió y, en este sentido, afirma que la crítica central acerca de tal concepto estribaría en “razones ajenas a su eventual carácter ilimitado” (Nino, 1985, p. 44).¹² Por consiguiente, Nino sortea rápidamente este punto y pasa al siguiente: responder a la crítica sobre el supuesto absurdo de concebir una competencia normativa “originaria”. Como se verá a continuación, Nino bifurca su análisis y sus propuestas de redefinición dependiendo del contexto de que se trate: según el “contexto de descubrimiento” o según el “contexto de justificación”.¹³ De ello

¹⁰ Al respecto, véase Ferrer Beltrán (2000, pp. 21-24, donde se reconstruye esta concepción de las normas de competencia, visiblemente sostenida por Hans Kelsen; y pp. 24-29, donde se recopilan una serie de críticas respecto de dicha concepción).

¹¹ Nino se refiere especialmente a lo sostenido en Carrió (1966, p. 47), donde consta una crítica a los “esfuerzos más o menos ingeniosos” para reducir las normas jurídicas a “uno o dos tipos de reglas que revelarían, por su forma privilegiada, la ‘quintaesencia del derecho’”.

¹² Véase, también, Nino (1985, p. 67).

¹³ Esta distinción de la filosofía de la ciencia, trasladada al ámbito del razonamiento jurídico por varios autores, es visiblemente abordada por Nino cuando expresa que los “contextos justificatorios” deben ser cuidadosamente distinguidos de contextos puramente descriptivos “como los de índole sociológica o histórica” (Nino, 1985, p. 62). La especial atención al contexto de referencia, por cierto, es una característica constante en la obra de Nino. Por ejemplo, en repetidas ocasiones Nino expresó que la controversia entre positivistas y antipositivistas “está principalmente provocada por su falta de reconocimiento del hecho de que expresiones como ‘derecho’ (y ‘deber jurídico’, ‘derecho subjetivo’, etc.) pueden ser legítimamente usadas, ya sea con un significado normativo o con un significado descriptivo” (Nino, 1985, p. 171). Y en otra de sus conocidas obras, Nino presentó seis diferentes

se desprenden *dos* conceptos diversos de “poder constituyente originario”, respectivamente vinculados con el contexto explicativo y con el contexto justificativo. Veamos.

2.2. El poder constituyente como “competencia jurídica originaria” en el plano explicativo

En primer lugar, Nino reconstruye la crítica de Carrió sobre la insensata “competencia originaria” expresando que, por supuesto, si se concibe que “competencia” o “poder” son términos que aluden a la existencia de normas que establecen ciertas facultades, entonces la noción de una competencia normativa “originaria” es autocontradictoria –tal como la de un hijo sin padres, siguiendo la metáfora de Carrió– puesto que aquí el adjetivo “originario” está precisamente orientado a negar la existencia de tales normas. De este modo, se pretendería emplear un concepto de índole normativa “en contextos en que, por hipótesis, las normas están ausentes” (Nino, 1985, pp. 44-45).¹⁴

Sin embargo, Nino también señala que el concepto de “poder constituyente originario” sí que puede ser empleado *descriptivamente* para indicar que alguien posee tal “poder”; esto es, sí que pueden proferirse enunciados significativos en este contexto, cuya verdad o falsedad dependa únicamente de circunstancias fácticas: “exclusivamente de ciertos hechos, como actos lingüísticos, prácticas sociales, actitudes, etc.” (Nino, 1985, p. 50). La clave para que este uso del lenguaje no caiga en una insensatez se

conceptos de derecho (dos “descriptivos”, tres “normativos” y uno “mixto”), cuyo empleo depende también del contexto (Nino, 1992, pp. 37-38). Sobre ello, Nino insistió en que “es posible advertir a priori que en los diversos contextos de discurso se usan distintos conceptos de derecho, algunos de los cuales son puramente descriptivos, otros normativos y otros de naturaleza mixta. Lo mismo se aplica, por cierto, a conceptos sistemáticamente relacionados con el derecho como el de norma jurídica, validez jurídica, obligación jurídica, derecho subjetivo, acto antijurídico, responsabilidad jurídica, sistema jurídico de cierto estado, etc.” (Nino, 2014, p. 39). Esta consideración especial a los usos del lenguaje, en el análisis de los conceptos jurídicos, se advierte también en la presentación que Nino realiza respecto de la noción de “poder constituyente”, como se mostrará enseguida.

¹⁴ Para Nino, la misma incongruencia ocurriría si se emplease el concepto de “obligación” o de “derecho” sin tener presente alguna norma; en esos supuestos, igualmente se estarían transgrediendo los “límites externos” del lenguaje normativo (Nino, 1985, p. 45).

halla, de acuerdo con Nino, en comprender al poder constituyente como una “competencia jurídica originaria” para dictar normas de índole constitucional que es atribuida –no ya por normas dictadas por otros órganos, sino– por normas “dictadas por los mismos órganos que se autoatribuyen tal competencia” y, en última instancia, por “las reglas de reconocimiento del sistema” (Nino, 1985, p. 67).

Es decir, cuando se indica de modo descriptivo que alguien ha ejercido el “poder constituyente originario”, ello equivale a decir –según Nino– que alguien ha ejercido una competencia jurídica originaria adquirida por “autoatribución” o, en último término, por reconocimiento social generalizado (Nino, 1985, pp. 51-52). Como se puede advertir, subyace a esta propuesta de Nino una redefinición del concepto normativo de “competencia” acorde a la cual se elimina como propiedad relevante a la habilitación previa concedida por reglas constitutivas pertenecientes a un determinado ordenamiento jurídico. Bajo esta redefinición, cabe entender que la “competencia” para dictar normas originarias *puede ser* “autoatribuida” en contextos exclusivamente preinstitucionales (o no institucionales) y sin que se genere por ello ninguna transgresión lógica ni lingüística (si se usa el referido término en este específico sentido).

En todo caso, de acuerdo con Nino, con un concepto así se podría construir un razonamiento explicativo encabezado por premisas descriptivas: la descripción de la “autoatribución” de una competencia originaria para dictar normas constitucionales y la descripción del reconocimiento social generalizado que dichas normas, en definitiva, han alcanzado. Luego, a partir de estas premisas descriptivas, se puede extraer una conclusión asimismo *descriptiva*: la aserción de que alguien tiene una “competencia jurídica originaria” a la que se denomina “poder constituyente”. Y con ello, según Nino, se evitaría la infracción a la “Ley de Hume” (Nino, 1985, pp. 47-52).

2.3. El poder constituyente como “competencia jurídica originaria” en el plano justificativo

Por otra parte, en lo relativo al contexto de justificación, Nino sostiene que el uso de la expresión “poder constituyente originario” suele emplearse no

solamente en enunciados descriptivos, sino también –y quizás con mayor énfasis– en enunciados con los que se pretende *justificar* actos y decisiones, específicamente aquellos que tienen que ver con el dictado de normas jurídicas en forma no delegada (Nino, 1985, pp. 52-53). En este sentido, Nino afirma que, si se quiere reconstruir el concepto de “poder constituyente originario” tal cual es empleado en enunciados que lo utilizan para obtener razones para la acción, entonces “no es suficiente concluir que las aplicaciones de ese concepto presuponen juicios descriptivos acerca de la vigencia de normas jurídicas” (Nino, 1985, p. 67). Y es que, para el citado autor, la pretensión de justificar decisiones exclusivamente sobre la base de la descripción de las normas emitidas por “los órganos soberanos del sistema”, sin recurrir a ninguna “consideración valorativa”, es una forma de *positivismo ideológico* (Nino, 1985, pp. 62-66) que genera un “empleo espurio” de la noción de competencia (Nino, 1985, pp. 65-66).

El remedio contra esta “grave confusión conceptual”, según Nino, consistiría en reconocer abiertamente que la fundamentación de los juicios acerca de la “competencia jurídica del poder constituyente”, en contextos justificatorios, “depende de consideraciones de filosofía moral acerca de la legitimación del poder político y de la obligación de obedecerlo” (Nino, 1985, p. 66). Consecuente con esta idea, Nino afirma que, en el contexto de justificación, el poder constituyente opera también como una “competencia jurídica originaria” que no presupone genuinas normas jurídicas sino, por el contrario, “juicios de adhesión normativa”;¹⁵ juicios que, a su vez, estarían compuestos tanto por “juicios acerca de principios morales generales” como por “juicios fácticos acerca de la vigencia de ciertas normas jurídicas” (Nino, 1985, p. 68).

Como se puede advertir, subyace a esta propuesta de Nino una determinada concepción iusnaturalista (“panmoralismo”, como él mismo la denomina) que representa al derecho en una necesaria conexión con la moral (Nino, 1985, p. 62). De acuerdo con esta concepción, incluso el pro-

¹⁵ Definidos por Nino como juicios de valor que se caracterizan por presuponer “no sólo un principio general de índole moral [...] sino también un juicio fáctico acerca de la vigencia de cierta prescripción o norma jurídica, cuyo reconocimiento u observancia el juicio en cuestión valora positivamente” (Nino, 1985, p. 60).

pio concepto de “competencia jurídica”, cuando es empleado en contextos justificatorios, es un concepto *moral*.¹⁶ Ello significa, en criterio del citado autor, que “no hay justificación jurídica de actos y decisiones que sea independiente de consideraciones de índole moral”; la justificación jurídica sería “una *especie* de justificación moral que se distingue por tomar en cuenta (como datos fácticos relevantes) la vigencia de ciertas normas” (Nino, 1985, p. 63. *Cursivas* en el original). En conclusión, utilizar el concepto de “poder constituyente” en el contexto de justificación exige, según Nino, “la aplicabilidad de ciertos principios de justicia y moralidad social que establecen en qué condiciones cabe observar y reconocer las directivas de quienes detentan el monopolio de la coacción en una comunidad” (Nino, 1985, p. 62).

Sobre la base de estas ideas, el mismo autor considera que se puede construir un razonamiento justificatorio en el que la premisa mayor sea un juicio de valor (al modo de: “Deben reconocerse y observarse las normas que dictan quienes detentan el poder coactivo en una comunidad”). Adicionalmente, el mismo razonamiento estaría compuesto por premisas descriptivas: las que describen los actos de “autoatribución” y, en último término, el reconocimiento social generalizado de las normas dictadas por los sujetos constituyentes. Y, finalmente, a partir de las anteriores premisas, se podría derivar una conclusión normativa acerca de cómo debe actuarse, esto es, una conclusión que indica razones para la acción (y que permite justificar actos y decisiones). De este modo –es decir, pasando de lo *normativo* a lo *normativo*– Nino concluye que se podrían construir razonamientos justificatorios válidos utilizando este concepto de “poder constituyente originario” por él propuesto, y ello sin infringir la “Ley de Hume” (Nino, 1985, p. 61).

¹⁶ Para Nino, toda atribución de competencia jurídica (sea originaria o derivada) implica, en el contexto justificativo, un compromiso moral; “jurídico” y “moral”, desde esta perspectiva, no son para Nino calificativos excluyentes (Nino, 1985, p. 63). Es interesante notar que estas ideas de Nino antecedieron por más de un cuarto de siglo a la propuesta que, en términos casi idénticos, fuera formulada por Ronald Dworkin en *Justice for Hedgehogs* (2011), la que es considerada por muchos autores contemporáneos como una novedad en la materia.

3. Discusión y crítica de los planteamientos de Nino

Corresponde ahora proceder a la evaluación crítica de las propuestas de Carlos S. Nino sobre el concepto de “poder constituyente originario”. Cabe aclarar que las críticas que a continuación se desgranarán no implican necesariamente una defensa de los argumentos con los que inicialmente Genaro Carrió planteó la discusión. Para estos efectos, dedicaré un apartado específico a criticar cada uno de los argumentos de Nino previamente resumidos, siguiendo el mismo orden de exposición hasta ahora empleado.

3.1. Críticas sobre la idea de una competencia normativa “ilimitada”

Respecto de este primer punto, me parece que la crítica de Nino a Carrió no persuade. Y es que la única razón que Nino menciona para calificar de “inconcluyente” al argumento de Carrió (según el cual no es concebible que el poder constituyente originario consista en una “competencia ilimitada y total”), parece del todo desencaminada. Concretamente, creo que Nino se equivoca al asumir que no hay inconvenientes en concebir la existencia de un órgano atribuido de una competencia “total e ilimitada” para dictar normas. Esto se puede mostrar desde dos puntos de vista.

Por un lado, si la referencia es una autoridad institucional –como parece indicar el ejemplo del Parlamento Británico que ocupa Nino–, el argumento es fácilmente rebatible: baste pensar que, conceptualmente, hasta las autoridades jurídicas “supremas” están sujetas a límites en el ejercicio de sus competencias, esto es, a los requisitos procedimentales (y, eventualmente, sustantivos) que necesariamente han de existir para que se produzca el resultado institucional consistente en promulgar normas jurídicas válidas.¹⁷ En este sentido, el mencionado ejemplo del Parlamento

¹⁷ Y es que, de no existir estos requisitos –al menos en cuanto al procedimiento de producción de normas jurídicas–, el ejercicio de la competencia normativa atribuida sería imposible. Así, si bien puede decirse que “la competencia es independiente del procedimiento”, ocurre también que “sólo mediante el procedimiento establecido podrá la autoridad competente ingresar o egresar normas del sistema” (Ferrer Beltrán, 2000, p. 126). Por lo demás, como afirma Riccardo Guastini, usualmente ninguna norma de competencia confiere un poder

Británico que ofrece Nino no es adecuado, pues no solo las teorías revisionistas de la soberanía parlamentaria británica han mostrado la imprecisión del tópico según el cual dicho Parlamento “puede dictar cualquier ley”,¹⁸ sino que incluso bajo una concepción ortodoxa o clásica puede mostrarse la imposibilidad conceptual de tal ilimitación.¹⁹

Por otro lado, si la referencia es una autoridad no institucional sino *pre-institucional* (es decir, el “sujeto constituyente”),²⁰ sí que es posible hablar de “ilimitación”: en el específico sentido de no sujeción a ningún límite jurídico al tiempo en que se manifiestan los hechos que en su conjunto son interpretados como “poder constituyente originario”.²¹ Sin embargo, si esta es la referencia, ello mostraría justamente el punto de Carrió: que sería absurdo concebir una “competencia” *en sentido institucional* que, al mismo tiempo, sea ilimitada. Esto no implica negar la idea de no-sujeción a límites jurídicos en la actuación de un sujeto constituyente sino, más bien, negar que esa ilimitación sea –o pueda ser– atribuida al modo de una competencia institucionalizada por el derecho.²²

normativo *genérico*, esto es, un poder inespecífico de crear normas jurídicas (Guastini, 2014, p. 111). Por estas razones, puede decirse que toda autoridad jurídica, incluso las autoridades jurídicas “supremas”, están conceptualmente sujetas a ciertos límites (en este sentido, véase Pérez Triviño, 1998, pp. 143, 157).

¹⁸ Véase Pérez Triviño (1998, pp. 169-173), para una compilación de los argumentos sostenidos por las teorías revisionistas. Como agrega este mismo autor, diferentes ejemplos históricos muestran que, en la actualidad, el Parlamento Británico es una institución “suprema, pero limitada jurídicamente” (Pérez Triviño, 1998, p. 180).

¹⁹ Véase Pérez Triviño (1998, pp. 84-85), para una exposición de la “paradoja de la soberanía parlamentaria”, cuya aplicación a la noción de autoridad jurídica requiere que se tome en cuenta que “el ámbito de dominio de esta autoridad no es ilimitado jurídicamente” (Pérez Triviño, 1998, p. 109).

²⁰ Sobre la noción de “sujeto constituyente”, véase Ferrajoli (2007, p. 850); y Baquerizo Minuche (2022). En la literatura sobre la materia, esta noción también ha sido expresada con los términos “Soberano” (Garzón Valdés, 1983, pp. 175-178) y “autoridad preinstitucional suprema” (Pérez Triviño, 1998, pp. 93-96).

²¹ Para un desarrollo de esta idea (que incluye el análisis de la noción de “límite jurídico” y de los tipos de “límites jurídicos” que usualmente se invocan para oponer al poder constituyente, así como una crítica a esta forma de comprensión), véase Baquerizo Minuche (2022, pp. 79-84).

²² Como señala Carrió: “Frente a estos desbordes del lenguaje pseudo-normativo con los que se pretende legitimar ciertos fenómenos presentándolos como el resultado del ejercicio de competencias conferidas por un orden normativo, es correcto señalar, en son de crítica, que

Así, pues, o bien existe “competencia” en sentido institucional, entendida como un poder “facultado por el orden jurídico para producir normas jurídicas” (Kelsen, 1982, pp. 159-160), pero entonces no puede ser ilimitada por razones conceptuales (representadas por el necesario “trasfondo de incompetencias” al que se refería Carrió); o bien existe “ilimitación” en la actuación de una autoridad preinstitucional (o “sujeto constituyente”), pero entonces no cabe utilizar el concepto de “competencia” en sentido institucional: hacerlo sería transgredir los “límites externos” del lenguaje normativo, como bien señalaba Genaro Carrió.

Por supuesto, se podría redefinir el concepto normativo de “competencia” eliminando como propiedad a la habilitación previa concedida por reglas constitutivas pertenecientes a un determinado sistema jurídico. Bajo un concepto así –que es, precisamente, y como se analizará en el siguiente apartado, el concepto de competencia normativa “originaria” estipulado por Nino– se podría entender que la “competencia” para dictar normas originarias puede ser “autoatribuida” sin sujeción a limitaciones jurídicas. Pero ello no elimina que el concepto así redefinido, por más que vuelva comprensible la posibilidad de una “competencia ilimitada y total”, solo sea viable para contextos exclusivamente *preinstitucionales*, no institucionales. Y se subraya: lo que en este punto criticaba Carrió es que ciertos usos de la expresión “poder constituyente originario”, apoyándose “al máximo” en la ambigüedad de la palabra “poder”, confundan el sentido de este término y lo hagan pasar por una “competencia” en sentido institucional que, además, fuese “ilimitada”.²³ Ese es el *sinsentido* denunciado por Carrió. De tal manera que la respuesta que le dirige Nino, en este punto, simplemente yerra el blanco.

Por lo demás, creo que Nino también se equivoca en despachar sumariamente el referido argumento de Carrió sobre el sinsentido de una com-

si bien ‘todos decimos que la lluvia moja... a nadie se le ocurre decir que ‘tiene competencia’ para mojar’” (2001, pp. 52-53).

²³ Respecto de la ambigüedad del término “poder”, Carrió explicaba que “a veces esta palabra quiere decir ‘potestad’ (atribución, competencia, facultad, capacidad, jurisdicción, autorización, etc.) y, otras veces, según el contexto, quiere decir ‘fuerza’ (potencia, poderío, dominio, dominación, etcétera)” (Carrió, 2001, pp. 49-50). Esta sistemática ambigüedad, según el citado autor, es lo que explica el intento de superponer ambas acepciones con la pretensión de identificar “un supuesto sujeto o entidad que –se dice– tiene atribuciones supremas e ilimitadas para dictar normas” (Carrió, 2001, p. 51).

petencia institucional “ilimitada y total”, como si fuera marginal o poco importante dentro de la crítica al concepto de “poder constituyente originario”. Por el contrario, me parece que Carrió sí que lo consideraba central en su trabajo; ello se refleja con claridad en la primera de las conclusiones de su citada monografía, donde expresa que postular la noción de poder constituyente originario, asignándole “los atributos de *ilimitación y omnipotencia*” (Carrió, 2001, p. 58.) [cursivas **en el original**], no favorece la “indispensable moderación” que debe oponerse al principio del gobierno de la mayoría para evitar que conduzca a “la intolerable opresión de las minorías y de los individuos” (Carrió, 2001, p. 58).

3.2. Críticas sobre la idea de una “competencia jurídica originaria” en el plano explicativo

Pasaré ahora al análisis del primer concepto de “competencia jurídica originaria” que Nino estipula para dar sentido a la expresión “poder constituyente originario”: el concerniente al denominado contexto de descubrimiento. Es en esta parte del ensayo de Nino donde, en mi opinión, se advierte su contribución más interesante; por ello mismo, me detendré mucho más en esta sección.

Previamente se ha expuesto que, dentro de este contexto, Nino se refiere al poder constituyente como una competencia jurídica “originaria” que puede ser atribuida por el propio sujeto constituyente o que, en cualquier caso, está implicada por el posterior reconocimiento social generalizado de las normas dictadas por aquel sujeto o “autoridad”. Como se adelantó en la sección anterior, este es el producto de una redefinición del concepto de “competencia” acorde a la cual la habilitación previa de normas jurídicas pertenecientes a un sistema no aparece como propiedad integrante de su designación o intensión.

Con esta redefinición, la objeción de Carrió respecto a la falta de sentido de una “competencia originaria”, en efecto, se disuelve:²⁴ siguiendo la

²⁴ Y, a diferencia de lo que se criticó en la sección anterior, aquí la disolución del problema sí se evidencia en el mismo plano al que se refería Carrió. Carrió criticaba que en un contexto

metáfora de este último autor, pensar en un ser humano sin padres que lo hayan engendrado es insensato... salvo que se piense en el “primer” ser humano (al menos como un recurso tendiente a explicar la “génesis” o punto de partida de un relato). En esta línea de pensamiento, la estipulación de un concepto de competencia “originaria” no solo cobra pleno sentido, sino que, además, dicho concepto puede ser fructíferamente utilizado como pieza de un modelo tendiente a explicar la pertenencia, a un determinado ordenamiento jurídico, de las normas emanadas por el poder constituyente.²⁵ Y, en lo principal, bajo esta distinta presuposición ya no parece que esté implicada ninguna transgresión a los “límites externos” del lenguaje normativo.

Ahora bien, ¿hay algo cuestionable en esta propuesta de Nino? En mi opinión sí, y es que Nino caracteriza concluyentemente a dicha competencia “originaria” como una competencia *jurídica*, sin profundizar en las complejidades de semejante idea. En este sentido, cabría cuestionar ante todo por qué este concepto designaría una competencia *jurídica*, si sus propiedades relevantes consisten en *hechos*: el hecho de la “autoatribución” del poder para dictar normas²⁶ y el hecho de que estas normas, en definitiva, gocen de un reconocimiento social generalizado.

La respuesta que da Nino, literalmente, es que el reconocimiento generalizado de quienes llegaron al poder por vías ilegales y se mantuvieron efectivamente en esa condición (es decir, su reconocimiento como “autoridades” normativas dentro de una comunidad), “implica en sí mismo la vigencia de una *norma*, del tipo de la regla de reconocimiento de Hart” (Nino, 1985, p. 51) [cursivas **en el original**]. Esta implicación, según Nino,

preinstitucional se use el concepto de “competencia”; Nino, en este mismo contexto, da una respuesta plausible para el uso de ese término mediante una labor de reconceptualización.

²⁵ En relación con el citado modelo explicativo, véase Baquerizo Minuche (2022, pp. 84-86), sobre la autoatribución de una competencia “originaria” por parte del sujeto constituyente; y Baquerizo Minuche (2021, pp. 112-115), sobre la pertenencia de las normas “originarias”, puestas por el poder constituyente, a un ordenamiento jurídico determinado).

²⁶ Cabe mencionar que Nino considera que la “autoatribución” de la competencia normativa es una contingencia prescindible para la comprensión del concepto de “poder constituyente originario”: puede no darse en los hechos o, si se da, “suele ser superflua” (Nino, 1985, p. 51). Lo importante para el referido autor es la condición de que las normas dictadas por el sujeto constituyente sean generalmente reconocidas en la sociedad de que se trate.

es “de índole lógica”: de la verdad de los enunciados acerca del reconocimiento general de ciertas autoridades y de las normas dictadas por ellas, se sigue la verdad del enunciado acerca de la vigencia de una regla de reconocimiento que autoriza a tal producción normativa (Nino, 1985, pp. 48-51).

Sin embargo, este argumento solo explicaría por qué existe una *competencia normativa* originaria; no sería suficiente, en cambio, para explicar por qué esta competencia normativa resulta, además, “jurídica” (y no un simple poder normativo “de hecho”, como podría pensarse si se tiene en cuenta que aquella competencia no es conferida por norma *jurídica* alguna). Así las cosas, aunque se pueda aducir que el razonamiento explicativo propuesto por Nino evita la infracción a la “Ley de Hume”, porque extrae una conclusión descriptiva a partir de premisas igualmente descriptivas, tal razonamiento incurriría en la comisión de un *non sequitur* y resultaría, de todos modos, lógicamente inválido: de esas premisas descriptivas no se sigue la conclusión que se describe, esto es, que alguien ostenta una competencia *jurídica* originaria.²⁷

Ahora bien, es posible que, mediante una lectura “interpretativa” del comentado argumento de Nino, criticar a este autor suponga un desafío más grande; y es que podría interpretarse que Nino calificaba como *jurídica* a la competencia “originaria” en que consiste el poder constituyente, por haber sido habilitada –en sentido lógico, pero no cronológico– por una norma que dicho autor consideraba asimismo *jurídica*: la regla de reconocimiento.²⁸ De cualquier manera, tanto el argumento expresado por Nino, como su posible ampliación por vía de una lectura reconstructiva, me parecen criticables por las siguientes razones:

i. Ante todo, no es nada pacífico concebir a la regla de reconocimiento como una norma *jurídica*. Así, desde una concepción de la regla de reconocimiento como regla conceptual,²⁹ se comprende que esta no es una

²⁷ Véase Baquerizo Minuche y Rapetti (2021, p. 64).

²⁸ La referida habilitación operaría en el plano lógico y no cronológico puesto que la efectividad de la “autoatribución” o, en cualquier caso, el reconocimiento social generalizado de las normas dictadas por los sujetos constituyentes, son hechos que se advierten con *posterioridad* a la intervención de tales sujetos.

²⁹ Bajo esta perspectiva, la regla de reconocimiento es comprendida como una regla conceptual que fija los criterios últimos de identificación del derecho válido (Bulygin, 1976, p. 35),

norma *jurídica*; dicha regla no pertenece a ningún ordenamiento jurídico específico, sino que –en su función de instrumento conceptual de identificación– *se refiere* a alguno de ellos (Guastini, 2013, p. 89). Y también desde una concepción de la regla de reconocimiento como práctica social,³⁰ existen autores que sostienen que esta “no es ni siquiera un enunciado jurídico: la regla de reconocimiento sólo puede expresarse en un metalenguaje y no puede formar parte del lenguaje objeto, esto es, del Derecho positivo” (Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 147).³¹

ii. En segundo lugar, independientemente de las discusiones sobre la ontología de la regla de reconocimiento,³² afirmar que el reconocimiento social generalizado *implica en sí mismo la vigencia de una norma* (la vigencia de la regla de reconocimiento) supone un uso extraño del lenguaje; y es que, al menos en el léxico de la teoría del derecho, el atributo de la *vigencia* se predica respecto de normas que son efectivamente aplicadas en la resolución de casos y controversias (Ross, 1963, p. 69; Bulygin, 1991, p. 348), lo que no podría ocurrir con la regla de reconocimiento que, por definición, es una regla secundaria (Hart, 2012, pp. 81, 100 y ss.).

es decir, los criterios para identificar un orden jurídico y las correspondientes normas que pertenecen a los diversos sistemas de ese orden (Bulygin, 1991a, p. 278; Bulygin, 1991b, pp. 316-318).

³⁰ Bajo esta otra perspectiva, en cambio, la regla de reconocimiento es comprendida como una práctica social desarrollada por el conjunto de los jueces y órganos de aplicación del derecho, que prescribe a cada uno de estos el uso de reglas y estándares que satisfagan determinados criterios últimos de validez jurídica para fundamentar sus decisiones (Ruiz Manero, 1990, p. 138). Véase también, Schauer (1995, pp. 150-151).

³¹ Por ello mismo, según los autores citados, no puede sostenerse que la regla de reconocimiento se identifique con alguna norma o normas de un ordenamiento (Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 147).

³² Nino, por cierto, parece asumir que la ontología de la regla de reconocimiento corresponde tanto a la de una *regla conceptual* como a la de una *práctica social*: véase, por una parte, Nino (2003, p. 91); y, por otra parte, Nino (2003, pp. 110-111). Esto supone, quizás, la suscripción de una tesis integradora de las diversas “dimensiones” que tendría la regla de reconocimiento. En este sentido, por ejemplo, Atienza y Ruiz Manero presentan a la regla de reconocimiento como una entidad que aglutina una dimensión conceptual, una dimensión directiva y, además, una dimensión valorativa (Atienza y Ruiz Manero, 1996, pp. 154-155). Para una exposición clara y sintética de las más frecuentes formas de interpretación acerca de qué tipo de norma es la regla de reconocimiento, véase Pino (2018, pp. 189-192).

iii. Pero incluso si se acepta que, en algún sentido, pueda predicarse “vigencia” respecto de la regla de reconocimiento (entendiendo, por ejemplo, que el término “vigencia” se emplea como sinónimo de “aceptación” o “uso generalizado” de una práctica social o de una regla conceptual, según fuere el caso), el razonamiento de Nino nada dice acerca de cómo esa supuesta “vigencia” determinaría la *juridicidad* (el carácter jurídico) de la referida competencia normativa originaria. Nino no llega hasta ahí, y no da ninguna razón expresa para sostener aquello.

iv. Se podría insistir en la defensa del argumento de Nino con una variante: que la aludida competencia normativa “originaria” en que consiste el poder constituyente sería *jurídica* –no por haber sido habilitada sino– por haber obtenido su *fundamento de validez* de la regla de reconocimiento. Pero, nuevamente, tampoco es pacífico asignar a aquella regla la función de conceder u otorgar *fundamento jurídico* a las normas o a los poderes normativos. Aunque hay algunos autores que afirman esto último,³³ existen otros que, sobre la base de discernir que “reconocimiento” no equivale a “fundamento”, rechazan tajantemente aquello.³⁴

v. Pero incluso si, por virtud del argumento, se asumiera que la regla de reconocimiento tiene la función de atribuir la competencia normativa “originaria” en que consiste el poder constituyente –o, alternativamente, la función de concederle *fundamento jurídico*–, ocurriría entonces que el “poder constituyente” sería, en un importante sentido, un poder *constituido*: constituido por la regla de reconocimiento. Resultaría, pues, extraño –y en un sentido contradictorio– afirmar que el poder constituyente es un poder *constituido*.³⁵

vi. Finalmente, y dejando de lado cualquier posible lectura interpretativa de Nino, lo que sí parece claro en su propuesta es que vuelve depen-

³³ Véase, por todos, Vilajosana, (2016, p. 123): “Como cierre del sistema se requiere una regla que *confiera validez* al resto de normas, pero de la cual no tenga sentido predicarla. Esta regla es la regla de reconocimiento” [cursivas añadidas]. Una crítica, inspirada por las ideas de este autor sobre la regla de reconocimiento, puede verse en Guastini, (2019).

³⁴ Véase, en este sentido, Guastini (2013, p. 87); y Guastini (2019, p. 12).

³⁵ Para una crítica sobre la contradicción que supondría que el poder constituyente sea conferido por una norma, véase Guastini (2006, p. 204). Con todo, una posible solución para este problema se ensaya en Baquerizo y Rapetti (2021, pp. 67-72).

diente el concepto de “poder constituyente originario” del concepto de “regla de reconocimiento”. No queda claro en qué modo se daría esta relación conceptual y, sobre todo, no queda nada claro por qué dicha relación implicaría la *juridicidad* del poder constituyente; pero es innegable que el comentado autor estipula tal conexión para dotar de sentido a una “competencia jurídica originaria” reconstruida en contextos descriptivos.

Pues bien, mi última crítica a Nino en esta sección es que, como quiera que sea reconstruida, su propuesta elimina al poder constituyente como fundamento originario del derecho positivo, que es el sentido que usualmente le atribuyen juristas, dogmáticos y teóricos del derecho³⁶ cuando se refieren a este como un poder “último” que no necesita de ninguna norma que lo autorice (Bobbio, 2012, p. 73). Y es que, si el poder constituyente dependiese de la regla de reconocimiento (en el sentido que fuere), entonces dicho poder solo sería el resultado de la puesta en funcionamiento de esta regla. Bien podría decirse incluso que –siguiendo la propuesta de Nino– la explicación del poder constituyente originario consistiría simplemente en dar cuenta de una mera implicación a partir de otra explicación distinta: la atinente a las prácticas de reconocimiento de ciertos hechos sociales.³⁷ Así las cosas, explicar el uso que tiene el concepto de “poder constituyente originario”, en un contexto descriptivo, se reduciría a proveer los detalles de algo que está implícito en el uso de un concepto diverso.

Por todas las razones antes expresadas, la concepción de Nino sobre el poder constituyente originario en el contexto descriptivo no es del todo convincente. En todo caso, que esta particular propuesta posee algunos méritos de gran utilidad es un dato innegable; sobre ello volveré más adelante, en las conclusiones de este trabajo.

³⁶ Véase, por todos, Ferrajoli (2007, p. 850).

³⁷ Véase, en este sentido, Pino, 2023, donde se sostiene que la consolidación de un nuevo ordenamiento jurídico depende de la efectividad y de las prácticas de reconocimiento y no del poder constituyente (que, a final de cuentas, sería un concepto innecesario).

3.3. Críticas sobre la idea de una “competencia jurídica originaria” en el plano justificativo

En último lugar, analizaré brevemente el segundo concepto de “competencia jurídica originaria” estipulado por Nino para dotar de sentido a la expresión “poder constituyente originario”: el concerniente al llamado contexto de justificación. Dado que esta parte del trabajo de Nino me parece excesivamente comprometida con una teoría jurídica iusmoralista, cuya discusión bien podría ocasionar el desvío hacia otras cuestiones ajenas al concepto de poder constituyente, me limitaré aquí a consignar un comentario bastante conciso.

En el contexto de justificación, como se reseñó antes, Nino también propone concebir al poder constituyente como una “competencia jurídica originaria”; la diferencia es que el uso de este concepto para fines justificativos, según el autor citado, ya no puede presuponer simplemente una descripción de normas vigentes, sino que su aplicación exige una *debida* fundamentación que depende tanto de juicios fácticos como de juicios de valor acerca de los principios morales que legitiman dicho poder. A criterio de Nino, son esos principios ideales de legitimación política –y no normas del derecho nacional o internacional– los que sirven de “puente” entre ciertos datos fácticos (tales como el efectivo control de la coacción estatal) y la conclusión de que ciertos individuos poseían facultades normativas (Nino, 1985, p. 46).

En este contexto, entonces, y dada la particular concepción de Nino acerca de la noción de competencia jurídica (expuesta en la sección 2.3 de este trabajo), el referido autor perfila al poder constituyente originario como una *competencia moral* para dictar las normas básicas del sistema (Iosa, 2017, p. 414). Así, pues, la concepción del poder constituyente originario que Nino propone en este contexto puede ser vista, en cierto sentido, como una estrategia iusnaturalista refinada que, al igual que las concepciones sobre el poder constituyente que se pueden encontrar en los estudios del derecho natural más tradicionales, expresa una caracterización del poder constituyente como “competencia” pero no propiamente en sentido *jurídico-positivo*.³⁸

³⁸ En este sentido, por ejemplo, Antonio Messineo definía al poder constituyente como la “facultad moral de formular y de imponer una constitución con valor vinculante para los

De este modo, antes que explicar los fundamentos de un orden jurídico, esta concepción sirve para trasuntar la existencia de un conjunto de principios éticos con supuesto valor absoluto y universal, de los cuales dependería en último término la justificación de ciertos actos jurídicos (como se expone en Bobbio, 2011, p. 111). Es decir, Nino ideó un modo de evitar la infracción a la “Ley de Hume” en los razonamientos que, utilizando el concepto de “poder constituyente originario”, se dirigen a la justificación de acciones y decisiones; pero lo hizo a costa de presuponer una concepción “moralizada” del derecho (una concepción “panmoralista”, dicho en sus propios términos), donde toda labor de justificación jurídica se encuentra condicionada por valoraciones de índole moral. Se trata de una inconveniencia no menor, dado que cargar con presupuestos tan comprometidos abre un abanico bastante amplio de posibles críticas que impedirían suscribir esta particular concepción *moral* del poder constituyente.³⁹ Pero, además –y en lo principal–, puede decirse que esta concepción coloca a la noción de poder constituyente originario en un plano secundario, como una idea instrumental o expresiva de aquellos principios de moralidad, con lo cual se pierde la capacidad explicativa que interesa a los juristas cuando se aproximan a este particular concepto.

4. Conclusión: un balance del aporte de Nino en su discusión con Carrió

Por las razones anotadas en cada una de las secciones precedentes, me parece que los planteamientos de Carlos S. Nino sobre el concepto de

asociados”, es decir, “una facultad de acción, que brota del derecho originario de la colectividad” (Messineo, 1946, pp. 10-11). A partir de esta “naturaleza moral”, Messineo deduce que el poder constituyente “[e]s, por lo tanto, un poder esencialmente jurídico [...] que, por su naturaleza, está destinado a producir efectos jurídicos” (Messineo, 1946, pp. 11-12). Coincidente con esta visión es la “doctrina clásica de la constitución natural”, de acuerdo con la cual el poder constituyente es “un poder ordenador que obra legítimamente sobre la base del Derecho en vista de un ordenamiento positivo”, entendiendo que “el Derecho (Derecho en sí, no la norma) no es originado por el poder constituyente, sino es su condición” (Castellano, 2012, p. 29).

³⁹ Véase, por ejemplo, Iosa (2017, pp. 410-416), donde se dirigen tres objeciones a la comprensión del poder constituyente como competencia moral (de acuerdo con la tesis de Nino).

“poder constituyente originario” no son del todo persuasivos; algunos de ellos, de hecho, son rechazables. Pero ello no impide reconocer que varios de los elementos de comprensión aportados por el mencionado autor son de lo más útiles, pues tienen el mérito de provocar reflexiones muy importantes en este específico ámbito de estudio. Como se ha visto, aunque el propósito original de Nino fue rendir un homenaje intelectual a Carrió desafiando críticamente sus razonamientos, el resultado sobrepasó con creces tal objetivo: sus ideas pueden verse no solo como un intento de refinamiento y de “rescate” del concepto de “poder constituyente”, toscamente tratado por la tradicional dogmática constitucional –tal como acertadamente denunciaba Carrió–, sino también como un importante fragmento de su teoría sobre la validez jurídica, particularmente interesante en lo que respecta a la cuestión de la validez de las normas “originarias” o “primitivas” en un sistema jurídico (Nino, 1985, p. 42).

Como se dijo anteriormente, la parte más interesante del comentado trabajo de Nino tiene que ver con su propuesta de caracterizar al “poder constituyente originario” como una “competencia jurídica originaria” en el contexto explicativo. Si bien he dejado apuntado por qué –teniendo en cuenta exclusivamente los argumentos formulados por el referido autor– no me parece del todo convincente que dicha competencia originaria sea concebida como una competencia *jurídica*, creo en cambio que las intuiciones de Nino sobre este punto sí que sirven para problematizar la usual comprensión del poder constituyente como un simple “poder de hecho”. De este modo, creo que los sugerentes argumentos de Nino abren la posibilidad de una reflexión en torno al sentido “jurídico” que –al menos desde un punto de vista– tendría el poder constituyente; un sentido que usualmente es descartado pese a que la tradicional comprensión de este concepto designa un poder creador de un nuevo orden (precisamente) *jurídico*.⁴⁰

Dejando de lado la discusión acerca de dicho carácter jurídico, la idea de una “competencia originaria” es, quizás, el mayor aporte teórico de Nino dentro del referido trabajo. Con ello, no solo me parece que da una convincente respuesta a la crítica de Carrió sobre este punto, sino que contribuye

⁴⁰ Véase, en este sentido, Ferrajoli (2007, pp. 854, 856); y Baquerizo Minuche (2021, pp. 87-91), donde argumento que el poder constituyente, desde el punto de vista de su manifestación, es un poder *de hecho*; pero desde el punto de vista de sus consecuencias, es un poder *jurídico*.

en términos generales a una mejor reconstrucción del concepto de “poder constituyente”. Digo esto, específicamente, porque creo que la noción de “competencia originaria” –entendida fuera de los moldes del concepto tradicional de “competencia”, y bajo un enfoque que se centra exclusivamente en las *consecuencias* y no en la habilitación– permite dar cuenta de una característica central de quienes intervienen como sujetos constituyentes: la capacidad normativa que se les reconoce *ex post* por haber logrado dictar reglas que efectivamente han generado un nuevo sistema originario y, por ende, un nuevo orden jurídico (Chiassoni, 2017, p. 40). Además, como dejó esbozado en su momento, la noción de “competencia originaria” también permite explicar de modo más preciso la pertenencia de tales normas a los ordenamientos jurídicos, aspecto que bien podría ser desarrollado dentro de una teoría “integradora” de la competencia en el derecho.

Finalizo este trabajo concluyendo lo que a estas alturas parece algo obvio: aunque uno pueda estar en desacuerdo con los planteamientos de Carlos S. Nino respecto de determinadas discusiones, la lectura de sus trabajos en el campo de la teoría del derecho es una actividad siempre gratificante debido a su claridad y rigor analítico. En este caso particular, su análisis y sus propuestas relacionadas con la clarificación del concepto de “poder constituyente originario”, en discusión con otro brillante pensador como lo era Genaro Carrió, ofrecen una batería de argumentos sumamente relevantes y útiles que contribuyen a la discusión y al refinamiento conceptual, y que indiscutiblemente forman parte de las referencias obligadas para todo aquel que quiera investigar sobre esta materia.

Bibliografía

- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- Baquerizo Minuche, J. (2021). *El concepto de ‘poder constituyente’. Un estudio de teoría analítica del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Baquerizo Minuche, J. (2022). Sobre el ‘sujeto constituyente’. Breve análisis desde la teoría del derecho. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 56, 71-100.

- Baquerizo Minuche, J. y Rapetti, P.A. (2021). El poder constituyente, ¿fáctico o normativo? Otra vuelta de tuerca. En J. Gajardo Falcón y F. Zúñiga Urbina (eds.), *Constitucionalismo y procesos constituyentes*, vol. 3. (pp. 43-80). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Bobbio, N. (2011). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma - Bari: Laterza.
- Bobbio, N. (2012). Sul principio di legittimità. En Id., *Studi per una teoria generale del diritto* (pp. 65-77). Torino: Giappichelli.
- Bulygin, E. (1991). El concepto de vigencia en Alf Ross. En C. Alchourrón, C. y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (pp. 339-353). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bulygin, E. (1976). Sobre la regla de reconocimiento. En J. A. Bacqué (dir.), *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja* (pp. 31-39). Buenos Aires: Astrea.
- Bulygin, E. (1991a). Algunas consideraciones acerca de los sistemas jurídicos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9, 257-279.
- Bulygin, E. (1991b). Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9, 311-318.
- Carrió, G. (1966). *Sobre el concepto de deber jurídico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Carrió, G. (2001 [1973]). *Sobre los límites del lenguaje normativo* (1ª reimpresión). Buenos Aires: Astrea.
- Castellano, D. (2012). Constitución y poder constituyente. En M. Ayuso (ed.), *El problema del poder constituyente. Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones* (pp. 15-34). Madrid: Marcial Pons.
- Chiassoni, P. (2017). Do jurists need pre-conventions? *Revus: Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 33, 37-43.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1 (*Teoria del diritto*). Roma - Bari: Laterza.
- Ferrer Beltrán, J. (2000). *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Garzón Valdés, E. (1983). Acerca de las limitaciones jurídicas del soberano. En E. Bulygin, M. D. Farrell, C. S. Nino, E. A. Rabossi (comp.), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió* (pp. 157-180). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Guastini, R. (2006). Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento. En P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e Diritto 2005. Ricerche di giurisprudenza analitica* (pp. 203-207). Torino: Giappichelli.
- Guastini, R. (2013). *Distinguendo ancora*. Madrid: Marcial Pons.
- Guastini, R. (2014). *La sintassi del diritto* (2ª ed). Torino: Giappichelli.
- Guastini, R. (2019). Riconoscimento. *Analisi e Diritto*, 1/2019, 9-20.
- Hart, H. L. A. (2012 [1961]). *The Concept of Law* (3ª. ed). Oxford: Oxford University Press.
- Hume, D. (1984). *Tratado de la naturaleza humana*, tomo III (trad. F. Duque). Barcelona: Orbis (Trabajo original publicado en 1740 bajo el título *A Treatise of Human Nature*, vol. III: *Of Morals*).
- Iosa, J. (2017). Tres conceptos de poder constituyente originario. En Roldán, S. (comp.), *Homenaje a Genaro R. Carrió* (pp. 395-433). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho* (2ª ed., trad. R. J. Vernengo). México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México (Trabajo original publicado en 1960 bajo el título *Reine Rechtslehre*, 2ª ed).
- Messineo, A. (1946). *Il potere costituente*. Roma: La Civiltà Cattolica.
- Nino, C.S. (2003 [1973]). *Introducción al análisis del derecho*, 2da. ed. (12ª reimpresión). Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C.S. (1983). El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica. En Bulygin, E., Farrell, M. D., Nino, C. S. y Rabossi, E. A. (comp.), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió* (pp. 339-370). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Nino, C.S. (1985). *La validez del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C.S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C.S. (2014 [1994]). *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho* (nueva edición). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

- Pérez Triviño, J. L. (1998). *Los límites jurídicos al soberano*. Madrid: Tecnos.
- Pino, G. (2018). *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica* (1a reimpresión). Pisa: Edizioni ETS.
- Pino, G. (2023). Una teoría analítica del poder constituyente. *Notizie di Politeia, Rivista di Etica e Scelte Pubbliche*, 150, 51-57.
- Rapetti, P. A. (2017). Expresivismo metajurídico, enunciados internos y aceptación plural: una exploración crítica. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 47, 39-80.
- Ross, A. (1963). *Sobre el derecho y la justicia* (trad. G. Carrió). Buenos Aires: Eudeba (Trabajo publicado en 1958 bajo el título *On Law and Justice*).
- Ruiz Manero, J. (1990). *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Schauer, F. (1995). Amending the Presuppositions of a Constitution. En S. Levinson (ed.), *Responding to imperfection. The theory and practice of constitutional amendment* (pp. 145-161). Princeton (NJ): Princeton University Press.
- Schmitt, C. (1996): *Teoría de la Constitución* (trad. F. Ayala). Madrid: Alianza Editorial (Trabajo original publicado en 1928 bajo el título *Verfassungslehre*).
- Stalnaker, R. (1973). Presuppositions. *Journal of Philosophical Logic*, 2(4), 447-457.
- Vedel, G. (1984 [1949]). *Droit Constitutionnel* (2ª reimpresión). París: Société du Recueil Sirey.
- Vilajosana, J.M. (2016). ¿Por qué la regla de reconocimiento es una convención? En L. Ramírez Ludeña y J. M. Vilajosana (eds.), *Convencionalismo y Derecho* (pp. 119-142). Madrid: Marcial Pons.

Solidaridad, ¿de qué y entre quiénes? A propósito del debate sobre la justificación de los impuestos y el gasto público

Solidarity, of What and among Whom? Regarding the Debate on the Justification of Taxation and Public Spending

Andrés Blanco*

Recepción: 15/12/2022

Evaluación: 08/04/2023

Aceptación final: 23/04/2023

Resumen: La justificación de los impuestos, que fue objeto de un número de *Discusiones*, suele centrarse en sus aspectos estrictamente normativos, pero usualmente da por supuestas, sin discusión, ciertas premisas teóricas acerca sus funciones y efectos que provienen de la teoría neoclásica. En particular, se asume que los impuestos son el requisito previo para la ejecución del gasto público. Sin embargo, existen otros marcos teóricos diferentes al neoclásico, como por ejemplo el poskeynesianismo, en los cuales los impuestos no son la condición previa del gasto público, sino un mecanismo de control de la masa monetaria, con lo cual las razones fácticas para justificarlos en general desaparecen o se atenúan. En su lugar, el gasto público, considerado autónomamente, pasa a tener un lugar central en una propuesta de solidaridad a partir de las finanzas públicas. En un marco teórico poskeynesiano no se descarta que los impuestos puedan tener un efecto redistributivo, pero ello depende de dos elementos también teóricos que normalmente no están presentes en los debates normativos sobre el sistema impositivo: la traslación e incidencia de la carga impositiva.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay. Profesor titular del Instituto de Finanzas Públicas, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Montevideo, Uruguay. Correo electrónico: andresblanco@vera.com.uy

Cuando se toman en cuenta estos fenómenos, la justificación de uno o más impuestos no concierne a su estructura jurídica visible, sino a su aptitud de no trasladarse y no incidir en las personas de más bajos ingresos. Más estrictamente, la discusión sobre la “justicia impositiva” debería subsumirse en un problema de “justicia de las finanzas públicas”.

Palabras clave: impuestos, justicia tributaria, gasto público, poskeynesianismo, marxismo.

Abstract: Debates on the foundations of taxation, addressed in a past issue of *Discusiones*, normally focus in strictly normative aspects thereof, but some premises deriving from the neoclassical theory are usually taken uncritically in regards to material features of taxes. In particular, debates often assume that taxes are a previous condition of public spending. However, other theoretical frameworks differ from the neoclassical theory, such as postkeynesianism, propose that taxes are not a previous requirement of public spending, but a tool to control the monetary mass, thus disappearing or mitigating the weight of the factual reasons to support taxation in general. Public spending, considered solely, takes a central role in structuring a solidarity purpose of public finance. Redistribution through taxes is factually feasible within a postkeynesian theoretical framework, but that depends on two theoretical factors that the normative purposes on taxes often ignore: the tax shifting and the tax incidence. If such factors are taken into account, the foundation of one or more taxes does not stem from their external legal structure, but from the feature of not having an incidence on low income people. Strictly speaking, the debate on “tax justice” should be only a part of a broader debate on the “public finance justice”.

Keywords: taxes, tax justice, public spending, postkeynesianism, marxism.

1. Introducción

En el volumen 25 (2) de *Discusiones*, se debatió, a partir de un artículo de Francisco Saffie, acerca de la justificación del deber de pagar impuestos. Dicho artículo propone dos ejes: la justificación general del sistema impo-

sitivo y la justificación del cumplimiento individual de las obligaciones tributarias, si bien es muy claro que desde el punto de vista normativo el segundo eje es dependiente del primero.

Ahora bien, tanto el artículo de Saffie que fue el punto de partida, como las réplicas, descuidaron un aspecto crucial para cualquier debate acerca de los impuestos: los efectos económicos y, por tanto, sociales, que tiene un sistema impositivo, así como su relación con el gasto público. En efecto, por un lado todos los partícipes aceptaron de manera acrítica una visión que llamaría “intuitiva” de los impuestos como exacciones de dinero que son el supuesto para efectuar el gasto público. Sin embargo, esa visión es deficitaria desde varios puntos de vista. En primer lugar, ella es una visión simplificada de la teoría económica neoclásica, ciertamente dominante en el presente, pero que es fuertemente contestada desde otras teorías económicas rivales de la misma, como el poskeynesianismo y varias vertientes de la economía marxiana. En particular para los poskeynesianos, el gasto público no está condicionado por la recaudación impositiva, por lo cual, para esta corriente, el foco para el logro de objetivos normativamente valiosos debe plantearse, precisamente, a nivel del gasto público, no de los impuestos.

En segundo lugar, todos quienes debatieron asumieron que la distribución de la carga impositiva coincide con los contribuyentes tal como los designa la ley tributaria. No obstante, todas las corrientes del pensamiento económico, ortodoxas y heterodoxas, concuerdan en que las cosas no suceden de ese modo: la incidencia de los impuestos, es decir su impacto económico efectivo, normalmente se produce en personas que no son los obligados a su pago de acuerdo con la ley.

Cuando se cambian esos supuestos fácticos acerca del sistema impositivo, los efectos de los impuestos, y el gasto público, todos los argumentos normativos necesariamente cambian, y el debate debe ubicarse en otros ejes, lo cual es el objetivo de este trabajo. En el apartado 2 enumeraré las diferentes tesis expuestas en los trabajos de ese número de *Discusiones*, identificando los supuestos descriptivos y fácticos de las mismas. En el apartado 3 expondré brevemente las razones por las que toda propuesta normativa tiene inevitablemente premisas descriptivas y teóricas acerca de la vida social, por lo que, si estas últimas no se sostienen, toda la propuesta normativa queda sin sustento, o se disuelven las discusiones en torno a

ella. En el apartado 4 expondré la teoría económica subyacente al debate generado a partir del artículo de Saffie, para pasar, en el apartado 5, a exponer las teorías rivales, especialmente la poskeynesiana, y las consecuencias que tiene la misma para la discusión normativa sobre los impuestos. En el apartado 6 expondré los fenómenos conocidos como “traslación” e “incidencia” de los impuestos, los cuales cambian el contexto teórico desde el cual se puede proponer una justificación de los impuestos en términos de “justicia”, “solidaridad”, “reconocimiento”, etc., y por lo tanto los alcances fácticos de esos valores. Finalmente, en el apartado 7 resumiré las conclusiones del análisis precedente.

2. El debate inicial

Saffie (2020a) divide su trabajo en dos grandes secciones: una dedicada a exponer el estado actual del “Derecho Tributario” (más adelante advertirá el lector por qué lo escribo entre comillas), dominado por el “paradigma clásico”, y otra orientada a proponer un paradigma alternativo.

El “paradigma clásico” del Derecho Tributario se fundaría en tres premisas. Una es el carácter instrumental de los tributos respecto del gasto público: los tributos serían la forma que tendría el Estado de hacerse de recursos para llevar adelante las actividades que decida emprender en la medida en que le requieran desembolsos de dinero. La segunda es que las personas son sujetos racionales y, en tal carácter, participan tanto de la vida política como en la sociedad civil. La tercera es que la propiedad privada es un “derecho natural”, es decir una especie de situación normativa *a priori* en lo referido a los modos de relacionarse de las personas respecto de los objetos. Estas tres premisas llevan al Derecho Tributario a un punto crítico a partir del dominio “neoliberal” de las creencias generales sobre el funcionamiento de la sociedad: los tributos no pueden justificarse sólidamente ni en el nivel general de su diseño institucional, en la medida en que dicho dominio cuestiona la redistribución de los ingresos y los bienes, ni en el nivel individual de la recaudación y las prácticas privadas tendientes a la disminución de la carga tributaria, ya que éstas se ven como una consecuencia inevitable de la afectación del derecho natural a la propiedad

privada. El esfuerzo debe dirigirse, según Saffie, a recomponer una justificación de la tributación en todos los niveles.

Luego de enumerar algunas concepciones que, según el autor, constituyen variaciones del “paradigma clásico” mencionado, propone una nueva concepción del Derecho Tributario derivada, en sus fundamentos últimos, de la concepción de Hegel del ser humano como individuo, persona y sujeto, y en particular del desarrollo de Axel Honneth (1995) de esta última vertiente en términos de “solidaridad”. En particular, Saffie propone que el impuesto genera un aprendizaje para la colaboración mutua. Por otro lado, y en lo que concierne a la oposición entre impuestos y propiedad privada, la propuesta de Saffie es entender a la propiedad como una forma de “reconocimiento recíproco”, a partir de lo cual tanto las reglas sobre impuestos como a las reglas sobre la propiedad individual serían modos de distribución de la propiedad en su conjunto, sin que exista una precedencia de unas sobre otras. Con ello, desaparecería tanto el “problema de la redistribución”, así como la oposición entre impuestos y propiedad privada. No hay, pues, una justificación normativa de la propiedad privada que debamos reconciliar con la justificación de los impuestos: la primera y los segundos son hechos inevitables dada la actual estructura social, por lo que, en todo caso, la justificación total o parcial, permanente o transitoria, o el rechazo, deben proponerse respecto del sistema social como conjunto, no respecto de sus partes.

Caben aquí dos comentarios. El primero es que bajo la denominación “Derecho Tributario”, Saffie incluye dos cosas interconectadas, pero diferentes: una es el diseño institucional del sistema tributario de los países, es decir, qué impuestos están vigentes y cuál es su estructura; y otra cosa es el cumplimiento por los obligados de las obligaciones del sistema ya instaurado. El segundo comentario es que las razones normativas que propone para diseñar un sistema tributario (la solidaridad y el reconocimiento sociales) me parecen, en líneas generales, compartibles más allá de alguna diferencia, pero las daré por buenas, para concentrarme en las premisas fácticas del problema.

Pasando a las respuestas a esa posición, De Santi (2020) sostiene, en síntesis, que la legitimidad del sistema tributario no puede fundarse sólo en la solidaridad, sino que requiere también de la transparencia y la simplicidad (De Santi, 2020). Lozano, por su parte, enfoca tanto el problema de la legitimidad

del sistema tributario como el del cumplimiento individual desde el punto de vista sociológico, mencionando estudios empíricos que denotan cuáles son las razones que se detectaron tanto para aceptar la estructura tributaria vigente como para cumplir o incumplir con la ley fiscal (Lozano, 2020).

Bouvier (2020) realiza algunas aclaraciones interesantes. Me resulta de particular valor la distinción de los diversos contenidos de la expresión “dar cuenta”, ya que según Saffie el déficit del paradigma clásico consiste –valga la reiteración– en no poder “dar cuenta” del fenómeno impositivo. Bouvier advierte que, desde el punto de vista explicativo o teórico, es decir, desde el punto de vista de los rasgos materiales de los impuestos, Saffie no identifica ninguna insuficiencia en el paradigma clásico. En particular, Saffie (y aparentemente también Bouvier) aceptan definir materialmente el impuesto como aquello que se paga con el fin de que el Estado desarrolle sus actividades, incluyendo en éstas aquellas que se traducen en un beneficio de quienes pagan. También creo que es un acierto de Bouvier advertir que el problema que Saffie observa en el “paradigma clásico” se produce en un plano normativo, no en el fáctico o descriptivo. Es decir, para Bouvier, al igual que para mí, las razones para mantener un sistema impositivo y diseñarlo de una cierta forma, no ponen en discusión ni el lugar ni la función de los impuestos en el sistema social vigente, especialmente en el conjunto de las relaciones económicas.

3. La necesidad de premisas descriptivas y teóricas en el discurso normativo

En mi opinión el debate que antecede, a pesar de dejar muchos aspectos rescatables, está construido sobre bases fácticas equivocadas o, como mínimo, incompletas. El primer escalón para reabrir la discusión es, por lo tanto, esclarecer el papel de los enunciados descriptivos y teóricos en el discurso normativo.

Definamos a los discursos descriptivo (o indicativo o teórico) y normativo (o prescriptivo o práctico) de la siguiente forma: es descriptivo el discurso que refiere a un tema o asunto que se concibe, por el receptor, como real (es decir, como algo que de algún modo es independiente de las

creencias), mientras que es normativo el discurso que contiene una idea acerca de cómo debe ser una conducta (Ross, 2000, pp. 17 y 45). Desde luego que existen muchas otras formas de definir estos discursos, pero adoptaré en esta definición simple para no desviarme de mi objetivo.

Hoy está asentada la idea de que, lo mismo que en el discurso descriptivo, en el discurso normativo hay *argumentos*: procedimientos que permiten pasar de un grupo de enunciados que llamamos “premisas”, a otro grupo de enunciados que llamamos “consecuencias”, o conclusiones (Alchourrón y Martino, 1988, pp. 24 y ss.). Ahora bien, las premisas en un argumento normativo no son sólo enunciados normativos, sino que también incluyen enunciados descriptivos (entre otros, Alexy 1989, pp. 224-225; Sarlo, 2006; Yun-Chien y Peng-Hsiang, 2016, pp. 197-200). El lenguaje jurídico proporciona ejemplos fáciles de esto: sean la premisa mayor “Todos quienes den muerte a una persona deberán tener una pena”, la premisa menor “X dio muerte a una persona”, y la consecuencia “X debe tener una pena”, es evidente que la premisa menor es descriptiva. Pero los enunciados descriptivos o teóricos tienen un papel más vasto en los argumentos normativos, ya que las premisas mayores presuponen enunciados teóricos, que fueron utilizados para su conformación. Por ejemplo, y entrando al tema que nos ocupa, un enunciado del tipo: “Los impuestos deben tender a la redistribución del ingreso”, supone una cierta concepción teórica del “impuesto”, del “ingreso” y de “distribución del ingreso”, como mínimo.

Luego de aceptar que un argumento normativo contiene enunciados descriptivos, o los presupone en alguna fase anterior de la formación de sus premisas, deberemos admitir, por esa característica, que los mismos pueden valorarse como “verdaderos” o “falsos”. Sin embargo, la cuestión es mucho más compleja en lo que refiere a las premisas descriptivas de los grandes enunciados normativos, que integran además propuestas de gran alcance en cuanto al diseño institucional o las prácticas normativas en gran escala, como sucede con el trabajo de Saffie y, en general, con todas las grandes propuestas de estructuras impositivas. En efecto, en tales casos las premisas fácticas de esas grandes concepciones normativas están insertas en sistemas teóricos más vastos acerca de la economía, o la vida social en general, dentro de las cuales los impuestos, el gasto público, la propiedad de los bienes, etc., son sólo casos particulares.

4. Las premisas teóricas del debate sobre la justicia de los impuestos

Llego pues al primer hito de mi exposición. La propuesta de Saffie y las de sus críticos, al igual que la de la mayoría de los grandes modelos normativos en materia de impuestos que se han mencionado en la discusión, como el de Hobbes y el de Rawls, y otros que no lo han sido, como –por nombrar algunos de las más reciente– las de Piketty y Atkinson (Piketty, 2014, pp. 546 y ss.; Atkinson, 2016, pp. 179 y ss.), asumen, aunque no lo mencionen, un marco teórico descriptivo, siquiera implícitamente. Ello porque debe suponerse una descripción del impuesto como fenómeno económico; debe suponerse un cierto lugar del Estado en el entramado económico y social; debe suponerse que el gasto público tiene una cierta relación con los impuestos, etc. Y esas suposiciones no son normativas sino descriptivas, por lo que deben provenir de alguna teoría económica y/o social.

El problema con el trabajo de Saffie es que adopta ciertas premisas teóricas acerca de los impuestos, el gasto público, las relaciones entre ambos, etc., como si fueran unívocas, simples e indiscutidas para todo el espectro teórico sobre el fenómeno económico en general, y de las finanzas públicas en especial. Pero no hay nada tan alejado de la realidad. Probablemente sin advertirlo, Saffie adopta, entre las muchas que hay, sólo una concepción acerca de los impuestos, el gasto público, el dinero, y las relaciones entre ellos, que es una versión simplificada de la teoría económica dominante: la corriente neoclásica.

Las premisas que se introducen en el trabajo y que provienen de la teoría neoclásica son: a) el Estado realiza actividades para garantizar diferentes “derechos”, entre ellos la propiedad, y muchas otras necesidades de la gente, para lo cual incurre en el gasto público; b) para lo anterior, necesita proveerse de fondos, lo que realiza a través de la recaudación de impuestos; c) simplificando, entonces, podemos decir que la recaudación de impuestos es la forma que tiene el Estado de asegurar derechos de diversa índole; d) el sistema impositivo es una forma de distribuir el sacrificio económico requerido para satisfacer derechos, y cada obligación tributaria cumplida es una cuota de solidaridad de cada uno con el resto de la sociedad.

Hay que reconocer que estos supuestos teóricos están tan naturalizados que frecuentemente ni siquiera se los explicita, sino que se toman como un dato obvio. Fuera de los artículos de *Discusiones* que comento, la asunción acrítica de esas premisas es muy clara cuando se dice que los impuestos son el “costo de los derechos” (Holmes y Sunstein, 2011, pp. 63-69), o cuando se sostiene que los tributos no son *sólo* el costo de los derechos sino una herramienta de redistribución (Gallo, 2011, p. 40), lo cual supone que en su esencia tienen una función de alimentación del gasto público.

Esas premisas, no obstante, no son obvias ni naturales, sino que provienen de la teoría neoclásica, como lo expone con sencillez Stiglitz (2002, pp. 153 y 475). En esta teoría, el Estado funciona de la misma manera que un sujeto privado: debe obtener ingresos para realizar sus actividades que le significan un gasto, por lo cual se puede saltar el paso intermedio y decir, sencillamente, que el sistema impositivo es el supuesto para que el Estado realice tales o cuales cometidos. De esta forma, cuando Saffie y el resto de los autores que adoptan esta perspectiva proponen impregnar al Estado de valores como la solidaridad o el reconocimiento recíproco, utilizan esos valores para justificar los impuestos, suponiendo que estos son el requisito imprescindible para que el Estado practique cualquier actividad. La justificación del gasto público sería, en esta concepción, un corolario de la justificación de los impuestos, ya que se supone que estos son el requisito para que el Estado gaste.

Pero aún hay más. Para Saffie y el resto de los autores, el hecho de que los impuestos, cualquiera sea su estructura, siempre son el sostén del gasto público, los lleva a justificar normativamente cualquier sistema impositivo desde una perspectiva de solidaridad y reconocimiento. Con esto queda de lado, al menos en el debate entre Saffie y sus críticos, la discusión acerca de qué tipo de impuestos cumple con esos valores.

Por otro lado, y tanto en la discusión acerca de la justificación general de los impuestos como también en la discusión acerca del cumplimiento tributario, tanto Saffie como sus críticos, y otros autores que se ocupan del tema, como Holmes y Sunstein, no consideran la posibilidad de que un impuesto recaiga económicamente en sujetos diferentes a los obligados en sentido jurídico. Este punto es crucial, puesto que el “mapa” de distribución

económica y material de la carga tributaria puede ser muy distinta de la que surja del diseño jurídico del sistema tributario.

En los dos apartados siguientes, expondré: a) la teoría poskeynesiana de los impuestos y el gasto público, que constituye un marco conceptual distinto de la concepción neoclásica; y b) algunos elementos básicos sobre los efectos materiales de los impuestos en la distribución del ingreso. Ambos aspectos conforman un contexto teórico más complejo sobre las finanzas públicas que debería cambiar los términos de la discusión normativa acerca de la justificación de los impuestos.

5. Una redefinición de los impuestos y el gasto público desde la teoría poskeynesiana del circuito monetario. Consecuencias para el debate sobre un modelo impositivo

El primer peldaño para esclarecer qué son los impuestos desde el punto de vista teórico es identificar su rasgo más típico: los impuestos son, excluyentemente, un fenómeno monetario, es decir, un fenómeno que gira en torno al dinero. En efecto, y por más que la ley establezca –por ejemplo– que “el impuesto X grava las rentas”, o “el impuesto Y grava el patrimonio”, obtener una renta, tener un patrimonio, o cualquier otra circunstancia, son sólo supuestos normativos de la obligación tributaria. Ésta, invariablemente, implica entregar una cantidad de dinero al Estado, sin que importe la relación entre ese dinero y el hecho generador del tributo. Por ejemplo, un sujeto que no dispone de fondos líquidos puede tener que endeudarse para pagar un impuesto a la renta; un sujeto puede destinar fondos provenientes de su salario para pagar un impuesto a la propiedad de un bien; etc. Por lo tanto, el efecto inmediato de los impuestos no es una afectación de las rentas, de la propiedad de activos, de las ventas, etc., sino una disminución de las dotaciones de dinero de los obligados (Blanco, 2020).

Dado que esta característica es absoluta (salvo excepciones materialmente despreciables de impuestos pagados en especie), la conclusión se puede generalizar: todos los sistemas impositivos tienen como efecto inmediato disminuir la masa monetaria total de un país, que es –precisamente– la suma de todas las dotaciones de dinero de los particulares.

Lo que debemos aclarar, entonces, es qué es el dinero, cómo se produce y cómo se distribuye, para comprender cómo se inserta el impuesto en la vida económica y social.

Empecemos con la definición de Keynes y otros autores que complementaron su labor, que es la base de las teorías poskeynesianas sobre el dinero, los impuestos y el gasto público (para lo que sigue, entre otros, Keynes, 1930, pp. 3 y ss.; Ingham, 1996, p. 517; Bell, 2001; Parguez, 2002). El dinero es una relación social de crédito/deuda, de tipo abstracto y no personal, transferible ilimitadamente, materializada mediante algún símbolo (un trozo de metal, un papel, un asiento en un sistema contable, etc.), y que concede a quien lo porta el poder de intercambiarlo por bienes, servicios o dinero mismo. El dinero se crea literalmente de la nada o, mejor dicho, sólo requiere de una relación social que autorice a cierto sujeto a crearlo. No necesita un “respaldo” en metales, ni es en sí mismo una “expresión de valor”, sino que, al crearse, es puramente un poder que puede ejercerse para intervenir en n relaciones, con n objetos, en manos de n sujetos.

¿Quiénes son esos sujetos autorizados a crear dinero? Esencialmente el Estado, que evidentemente emite dinero y lo aplica para ejecutar el gasto público, y los Bancos privados, que hacen lo mismo al otorgar créditos. Veamos este último proceso con cierto detalle. Supongamos que un banco otorga una línea de crédito a una empresa. Para ello no debe contar con billetes o monedas de dinero estatal, sino estar autorizado por el Banco Central de su país para actuar como tal, y mantener ciertas relaciones técnicas con depósitos recibidos de terceros y depósitos del propio Banco en el Banco Central (“encajes”). Si eso se cumple, el Banco le da un crédito a su cliente. Este crédito se traduce en que el cliente del Banco hace “pagos” en “uso del crédito”: hace una transferencia de una cuenta suya a la cuenta de un proveedor para pagar un bien, o de un trabajador para pagar un salario, por ejemplo, pero esos “pagos” son sólo una sucesión de asientos en el sistema contable informático del Banco o los Bancos involucrados; no es preciso ningún movimiento físico, ni tampoco ningún requisito de producción física, ni nada que se le parezca. A su vez, ese proveedor o ese trabajador pagan por otros bienes o servicios con ese “dinero”, que no es más que un asiento contable que, al transferirse, genera otro asiento contable en una cuenta de otro sujeto, y así n veces. A veces el dinero

bancario se convierte en billetes o monedas estatales, para lo cual el Banco debe proveerse de los mismos y entregarlos a la persona que lo pide, pero el mecanismo es el mismo: los papeles van pasando de mano en mano a cambio de cualquier cosa.

Lo interesante del caso es que la teoría neoclásica dominante admite estos rasgos del dinero: baste leer el libro de Fischer, Dornbusch y Schmalensee, de empleo usual en la enseñanza universitaria de la economía dentro de la más pura ortodoxia, para advertir que coinciden hasta en los ejemplos con la descripción que vimos en los párrafos anteriores (Fischer, Dornbusch y Schmalensee, 1989, p. 613-615).

Habría advertido el lector que al explicar la creación del dinero se introdujo una de las piezas de las finanzas públicas: el gasto público, que es la forma en la que el dinero creado por el Estado ingresa en la economía privada, y funciona exactamente de la misma forma que el dinero creado por el crédito bancario. Por ejemplo, cuando el Estado “paga” a un proveedor o a un empleado con dinero creado por él, está usando un crédito que creó su “banquero exclusivo” que es su Banco Central, con su potestad de emisión, circulando de allí en más de la forma ya vista.

Pues bien, la conclusión más importante que se extrae de lo anterior es que si el gasto público se ejecuta con dinero estatal, y éste es el fruto de la potestad estatal de emisión, el gasto público no necesita para ejecutarse de la provisión previa de fondos derivados de la recaudación de impuestos. ¿Cuál es el papel de los impuestos entonces?

Según la teoría poskeynesiana del circuito, la función de los impuestos es sacar de circulación, eliminar o destruir (cualquiera de estos verbos es de empleo usual), en forma regular y sistemática, dinero previamente lanzado a la circulación por el Estado y por los Bancos, puesto que, si se creara permanentemente dinero y nadie lo eliminara, los precios se elevarían permanente e indefinidamente, generando una situación de incertidumbre que paralizaría la producción capitalista. Es decir, los impuestos no están al principio, sino al final, del circuito de las finanzas públicas. No son una premisa para que el Estado realice sus actividades y ejecute el gasto público, sino una consecuencia de estas últimas. El volumen de gasto público no está condicionado por el volumen de la recaudación, sino que el volumen de la recaudación está condicionada por el volumen del gasto público y el

crédito bancario. La función natural y primaria del impuesto no es “socializar el valor”, “proveer las necesidades comunes”, etc., sino algo mucho menos épico: estabilizar la masa monetaria para mantener controlada la inflación (Parguez, 2002; Bougrine y Seccarccia, 2002).

La evidencia empírica que sostiene la hipótesis poskeynesiana sería la de un país que realizara gasto público emitiendo dinero, y suprimiera totalmente (o casi totalmente) los impuestos. Ese caso existe: sucedió en Rusia en los primeros años posteriores a la Revolución de 1917. El gobierno soviético, asumiendo el supuesto marxiano de que los impuestos son formas de apropiación de la plusvalía, los suprimió casi por completo, pero continuó realizando gasto público y emitiendo dinero, lo cual era imprescindible dado que una gran porción de la producción estaba en manos de empresas privadas. El efecto fue una inflación explosiva. Ésta cedió cuando, a partir del 1921, se reestablecieron los impuestos pagaderos en dinero, hasta estabilizarse los precios un par de años después (Shmelev, 1931, p. 109-119).

Pero en este punto se advierte una consecuencia muy relevante para el debate que se desarrolló en *Discusiones*. La propuesta de Saffie, que otorga un valor normativo positivo a todos los impuestos por implicar un mecanismo de solidaridad social, ya no puede sostenerse en este marco teórico. En efecto, adoptando como premisas fácticas las descripciones poskeynesianas, un sistema tributario, y por ende el cumplimiento tributario, no pueden ser tomados en todos los casos como expresiones de solidaridad, ni como una premisa para la satisfacción de los “derechos”, en el sentido que Saffie, Holmes y Sunstein, y muchos otros lo hacen. Ese papel sí puede atribuirse al gasto público, pero ello es independiente del sistema tributario y del cumplimiento tributario por los obligados, porque ya observamos que en la teoría poskeynesiana el gasto público se determina en forma independiente de la recaudación.

De manera que la discusión acerca del papel del Estado y las finanzas públicas cambia de eje. En primer lugar, la “escasez de recursos” y la “restricción presupuestal” ya no pueden plantearse como limitaciones *a priori* para el volumen del gasto público: si bien un exceso de gasto público, traducido en un crecimiento desmedido de la cantidad de dinero, puede tener consecuencias negativas, el déficit ya no es un problema, y tampoco existe

la premura por aumentar la recaudación en caso de querer satisfacerse alguna pretensión de las personas a través de un aumento del gasto del Estado. En segundo lugar, se coloca en un lugar central la calidad del gasto público, en términos de satisfacción de necesidades de las personas: una vez que el volumen del gasto público es liberado de las restricciones propias de la teoría neoclásica, es posible reforzar las exigencias de que las pretensiones de diferentes grupos de personas, expresadas como “derechos”, sean el eje del diseño del presupuesto del Estado (Blanco, 2021).

El hecho de que en este marco teórico los impuestos no tengan, por definición, características económicas que impliquen directamente solidaridad social o el reconocimiento de las otras personas, permite una justificación normativa débil. En efecto, los impuestos son una herramienta necesaria para evitar un mal general, como es el descontrol del sistema de precios, y desde ese punto de vista son un mecanismo de distribución social de una carga para evitar un perjuicio social general, como lo es una inflación descontrolada. Pero ello es mucho más modesto que ser una expresión de solidaridad y reconocimiento recíprocos en el sentido –por ejemplo– que propone Axel Honneth (1995) y recoge Saffie.

En todo caso, una justificación en términos de solidaridad y reconocimiento conduciría a defender *algunos impuestos*: aquellos que tuvieran en sí mismos, y al margen de lo que ocurra con el gasto público, un efecto de redistribución del ingreso o de la propiedad de bienes. Ya no se trataría entonces de que los tributos tengan en todos los casos un gran componente de reconocimiento o solidaridad, sino que ello dependerá del grado en que contribuyan a una distribución del ingreso que beneficie a los más desaventajados, o al menos que no empeore su situación.

En ese sentido, el abordaje poskeynesiano no excluye que los impuestos tengan un papel redistributivo. Observamos que, aunque globalmente el impuesto es un instrumento de regulación de la masa monetaria, a nivel individual impacta en las dotaciones de dinero de cada sujeto. Por lo tanto, si se pudiera focalizar la exacción impositiva en aquellas personas con mayores dotaciones de dinero y liberar o atenuar la carga impositiva de las personas con menores dotaciones, ello implicaría un cambio de las cantidades de dinero disponibles, es decir una redistribución (Bougrine y Seccareccia, 2002). Pero eso depende del tipo de impuestos que pre-

dominen en un sistema tributario, con lo cual la posibilidad de justificar normativamente un conjunto de impuestos está subordinada a otro tipo de análisis teórico: ¿cómo impactan los impuestos en las dotaciones de dinero individuales, y cómo puede lograrse que lo hagan preponderantemente en las personas que tengan más dinero? Este aspecto será abordado en el apartado siguiente.

6. ¿Quién paga los impuestos?

En el debate entre Saffie y sus críticos, y también en muchas de las propuestas para justificar los impuestos que se han mencionado más arriba, se asume que si las leyes designan como obligados –por ejemplo, en un impuesto a las rentas empresariales– a las personas físicas o jurídicas que desarrollan una actividad empresarial, efectivamente estas personas serán las que sufrirán una pérdida neta de dinero. Pero ese supuesto no es real en la mayoría de los casos, en virtud de dos fenómenos económicos encañados: la traslación y la incidencia de los impuestos. Otra vez tenemos, pues, una discusión teórica que nos puede cambiar totalmente el eje de la discusión normativa acerca de los impuestos.

Definamos a la traslación como una o más modificaciones de precios provocadas por el establecimiento de uno o más impuestos, y que tienen el fin de que los obligados en sentido jurídico se deshagan económicamente de la carga que ellos les significan. Pongamos un ejemplo muy sencillo: el parlamento de un país establece que el impuesto a la renta empresarial aumentará (por elevación de su tasa, por supresión de un gasto deducible, por supresión de una exoneración, etc.), y los sujetos afectados aumentan sus precios, de modo que luego del aumento del impuesto su beneficio neto es el mismo que antes. También puede suceder lo mismo disminuyendo los salarios, sea por despidos de trabajadores o aumentando el salario por debajo de la inflación. En estos ejemplos, económicamente la carga tributaria se ha desplazado a la persona que compra a ese contribuyente y que paga un precio mayor, o a esos trabajadores que reciben un salario menor o perdieron su empleo. El fenómeno puede prolongarse: por ejemplo, la empresa que ahora debe pagar un precio mayor por la traslación del

impuesto que recibió de su proveedor, puede, quizás, aumentar también sus precios y también mantener sus beneficios.

En algún punto, la traslación se detiene: hay grupos de personas que no pueden aumentar sus ingresos para compensar los mayores costos que se van desplazando de sujeto en sujeto como consecuencia del incremento de la carga impositiva. Eso es la incidencia: el impacto final del impuesto, traducido en una disminución neta consolidada de la dotación de dinero de un grupo de personas.

En la teoría económica no existe absolutamente ninguna duda de que la traslación del impuesto, y su incidencia en sujetos que no son sus contribuyentes en sentido jurídico, no son fenómenos accidentales, sino que se producen en gran escala. Las discrepancias están en cuál es la causa de la traslación, y consiguientemente en cuán intensa puede ser de acuerdo con las circunstancias. Si bien el tema es complejo, simplifícadamente digamos que para los neoclásicos, la traslación y la incidencia dependen de la elasticidad de la demanda, es decir, de la propensión o no a disminuir un consumo ante una elevación de los precios (Kotlikoff y Summers, 1986). Para la teoría poskeynesiana, particularmente aquella que es heredera del pensamiento del economista polaco Michal Kalecki, la traslación e incidencia derivan del grado de monopolio: la fuerza que tiene una empresa para imponer sus condiciones a otras empresas y a sus trabajadores, lo cual, a su vez, es directamente proporcional a su porte (Mott y Slattery, 1994).

Como se advierte, la traslación y la incidencia son absolutamente cruciales no sólo para el diseño del sistema impositivo, sino para el diseño de cada impuesto en particular. Veamos por ejemplo la propuesta que hoy impulsa la OCDE¹ para crear un “impuesto mínimo a la renta mundial” sobre las empresas multinacionales (OCDE, 2021). Vista desprevenida, la propuesta parece más que justa: aparenta ser un sacrificio solidario mínimo que se exigirá a las empresas multinacionales. Pero esa impresión se desvanece cuando introducimos la traslación y la incidencia: las empresas multinacionales, tanto por su tamaño como por el tipo de

¹ Sigla de la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos*, también conocida como OECD (sigla de la denominación inglesa *Organisation for the Economic Cooperation and Development*).

producción que realizan, casi seguramente trasladarán los mayores costos de este impuesto mínimo mundial, con lo cual éste impactará, también casi seguramente, en los salarios de los trabajadores, en las jubilaciones, pensiones y otros subsidios semejantes.

Existen evidencias empíricas de que efectivamente los impuestos a las rentas empresariales terminan incidiendo en los salarios, directamente a través de aumentos salariales menores a la inflación, e indirectamente a través de aumentos de precios al consumo. Entre otros puede citarse una investigación empírica en Alemania que mostró que, en un contexto de negociación salarial colectiva muy activa, igualmente los trabajadores experimentaron el impacto del aumento del impuesto a la renta empresarial (Dwenger, Rattenhuber y Steiner, 2013).

Estas tesis teóricas son más que relevantes en la discusión sobre la “justicia” del sistema impositivo. La consecuencia más obvia es que la valoración ética de un impuesto, además de no ser autoevidente de por sí una vez que los impuestos en general han perdido su halo solidario, tampoco depende de su estructura jurídica externa: un impuesto que aparenta aplicarse a los más aventajados puede, en realidad, disminuir los ingresos de los más pobres. El diseño jurídico de un sistema impositivo, o de un impuesto en particular, si pretende no tener esos efectos indeseados y hacer a los tributos, siquiera modestamente, redistributivos, debe subordinarse a hipótesis fácticas, rodeadas de la mayor cantidad de evidencias empíricas posibles, que sostengan que ese o esos gravámenes incidirán en los grupos de personas con mayores disponibilidades de dinero.

Cuáles son los impuestos que cumplen con tales características es una labor más que controversial. Dado que la traslación opera, como vimos, a través de los precios, podríamos conjeturar que los impuestos que actúan más lejos del sistema de formación de precios, que está concentrado en las empresas, tendrían menor propensión a la traslación. En tal caso deberíamos alejarnos de los impuestos cuyos contribuyentes en sentido jurídico son las empresas (el IVA, los impuestos a las rentas o los activos empresariales, etc.), y preferir los impuestos integrales a las rentas o a los activos cuyos contribuyentes sean las personas físicas como tales (Blanco, 2012). De cualquier manera, si esa hipótesis es correcta a lo sumo nos indica que esos impuestos tienen una menor propensión a la traslación y a incidir en

los salarios, jubilaciones y otros subsidios, pero no nos asegura que estos efectos indeseados no se produzcan.

En síntesis, podemos concluir sin temor que el papel solidario y redistributivo de los impuestos es, en el mejor de los casos, modesto (sin llegar a ser despreciable): se limita a algunos impuestos, que por lo demás no son los más importantes en la actualidad, e incluso para ellos el efecto redistributivo es en buena medida incierto.

7. ¿Cuál es el efecto combinado de los impuestos y el gasto público? El salario social neto

Al tratar el argumento de Murphy y Nagel (2002) acerca de que la tributación debe analizarse como una parte de un fenómeno más amplio, que es la distribución de la propiedad, Saffie menciona al pasar, sin desarrollarlo, un elemento que sin embargo es crucial en la discusión sobre la racionalidad de los impuestos: la insuficiencia de los enfoques que se centran exclusivamente en la tributación y, en su lugar, la necesidad de apreciar el efecto en la distribución que ellos tienen en conjunto con el gasto público (Saffie, 2020b, p. 31-32).

Este aspecto vendría a completar el análisis poskeynesiano del apartado 5: si bien el gasto público es la forma directa en la que el Estado participa en la distribución del ingreso, la valoración normativa de esa participación no puede desatender a los impuestos ya que éstos afectan desigualmente la cantidad de dinero en manos de las personas, como vimos en el apartado 6.

Sin perjuicio de que han existido otros abordajes del tema, creo que el tratamiento más acabado en las teorías económicas alternativas se dio con la introducción del concepto de salario social neto por parte de un sector de la teoría económica marxista de las últimas décadas (Freeman, 1991; Akram-Lodhi, 1996; Maniatis y Passas, 2019).

Las bases teóricas del concepto se enlazan con las concepciones de Marx del impuesto como una forma de apropiación de la plusvalía (Marx, 1995, p. 436), y del gasto público como una forma de socializar el salario de los trabajadores propuesto por teóricos marxistas contemporáneos (O'Connor, 2002, pp. 101 y ss.), pero la idea como tal trasciende al marxismo y es

bastante simple. Ella consiste en que el efecto redistributivo que tiene la actividad del Estado es, para cada grupo de personas y para cada persona individual, el saldo neto entre el gasto público que recibe en forma directa (como transferencias) e indirecta (servicios públicos), y los impuestos que impactan en sus ingresos directamente (cuando no hay traslación) e indirectamente (cuando hay traslación).

Los trabajos referidos más arriba incluyen estudios cuantitativos acerca del salario social neto, concluyendo que, dependiendo de cada país, el mismo puede ser positivo o negativo para los trabajadores. De todas formas, lo que importa a los fines del debate sobre la justicia impositiva es que, si se adopta la premisa teórica de que el efecto de la actividad estatal sobre el ingreso de las personas es el resultado neto del gasto público menos los impuestos que impactan en cada uno, dicho debate es absorbido por un debate más amplio y general: ¿en qué medida el conjunto de las finanzas públicas de un país, medido como un saldo neto entre impuestos que impactan en los ingresos y gasto público que se recibe, cumple con las metas de solidaridad y reconocimiento? Lo anterior no quita que pueda discutirse normativamente sobre los impuestos, pero sí que es preciso que esa discusión sea una pieza de una discusión normativa global sobre las finanzas públicas.

8. A modo de conclusión

Seguidamente resumo las conclusiones preliminares que pueden extraerse de lo expuesto acerca del debate acerca de la justificación de los sistemas impositivos y del cumplimiento tributario.

a. Ningún argumento normativo sobre los impuestos, como los que se expusieron en el debate en *Discusiones*, o los que proponen –entre muchos otros– Holmes y Sunstein, pueden ignorar el debate teórico acerca de las propiedades de los impuestos: qué función general cumplen, qué relación material tienen con el gasto público, y cómo impactan materialmente en la sociedad. Si dichos aspectos no se tienen en cuenta, las justificaciones normativas del sistema impositivo serán necesariamente incompletas. Si las justificaciones de los impuestos se basan en una concepción teórica determinada, la contestación de esta última compromete también a aquélla.

b. Por lo tanto, la justificación de los tributos como una forma de reconocimiento recíproco, lo que equivale –en palabras de Hardimon que cita Saffie (Saffie, 2020b, p. 124)– a una reconciliación de las personas con las instituciones sociales a través de su comprensión racional, no se sostiene de la misma manera en todos los contextos teóricos. Más concretamente, si es correcta –como personalmente lo creo– la teoría poskeynesiana sobre las finanzas públicas, se debilita la justificación de los impuestos en los términos propuestos por Saffie, ya que ellos no serían un “arreglo institucional” tendiente a sostener el gasto público, sino a controlar la masa monetaria. Esto no deja de ser un objetivo socialmente deseable en forma general, pero desplaza el centro de los arreglos sobre distribución del ingreso hacia el gasto público en vez del sistema tributario.

c. La justificación de los impuestos como una forma de reconocimiento recíproco se vuelve todavía más problemática, y por ende más débil, si se advierte que sus efectos materiales deben observarse en función de dos fenómenos económicos, como lo son la traslación e incidencia, y no de sus estructuras jurídicas. Ya no puede hablarse entonces de una justificación normativa genérica fuerte de todos los impuestos, sino sólo de aquellos en los que la estructura jurídica no encubra un desplazamiento de su carga económica hacia los más desaventajados. Es más: si es correcta la conjetura de que en los sistemas tributarios actuales la mayor parte de la carga tributaria incide en los trabajadores, jubilados y, en general, personas de menores ingresos, la comprensión racional del fenómeno tributario en forma aislada debería conducir a rechazar los sistemas vigentes y, en todo caso, postular sistemas alternativos en los que la carga impositiva carezca de esas características.

d. No obstante, y dado que, como se indicó en la conclusión b, el gasto público es una instancia en que la distribución del ingreso se muestra en forma mucho más nítida, la actuación del Estado en cuanto a la distribución del ingreso y el acceso a la propiedad de las personas medirse en términos de efecto neto entre la detracción impositiva que se recibe vía traslación e incidencia, y la cantidad de gasto público que aprovechan. Por ello, en estricto rigor el debate sobre la “justicia impositiva” o la “justicia del gasto público”, debería subsumirse en un debate más amplio sobre la “justicia de las finanzas públicas”.

Bibliografía

- Alchourrón, C. y Martino, A. (1988). Lógica sin verdad. *Theoria, Revista de Teoría Historia y Fundamentos de la Ciencia*, 7(8), 7-43.
- Akram-Lodhi, A. H. (1996). The Public Finances of the United Kingdom: a reinterpretation. *International Review of Applied Economics*, 10 (2), 173-193.
- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atkinson, A. B. (2016). *Inequality. What can be done?* Cambridge: Harvard University Press.
- Bell, S. (2001). The Role of the State and the Hierarchy of Money. *Cambridge Journal of Economics*, 25, 149-163.
- Blanco, A. (2012). Efectos de los tributos. *Revista Tributaria*, 226, 15-34.
- Blanco, A. (2020). ¿Qué grava realmente un impuesto? *Revista de la Facultad de Derecho de México*. LXX, (277), 979-1006.
- Blanco, A. (2021). Medicamentos de alto costo y gasto público. En A. Blanco y J. Cereta (coords.). *Medicamentos de alto costo y Poder Judicial* (pp. 12-36). Montevideo: FCU.
- Bougrine, H. y Seccareccia, M. (2002). Money, Taxes and Public Spending, and the State, within a Circuitist Perspective. *International Journal of Political Economy*, 32(3), 58-79.
- Bouvier, H. (2020). Justicia e impuestos. Comentarios a La racionalidad de los impuestos de F. Saffie. *Discusiones*, 25, 95-118.
- De Santi, E. D. (2020). El papel de la solidaridad en el fundamento del Derecho Tributario: análisis de la solución de reconciliación propuesta por Francisco Saffie en la racionalidad de los impuestos y la idea de reciprocidad frente a la noción de ciudadanía fiscal. *Discusiones*, 25, 51-85.
- Dwenger, N., Rattenhuber, P. y Steiner, V. (2013). Sharing the burden? Empirical evidence on corporate tax incidence. *Beiträge zur Jahrestagung des Vereins für Socialpolitik 2013: Wettbewerbspolitik und Regulierung in einer globalen Wirtschaftsordnung - Session: Corporate Taxation*, 6(3), 1-36.
- Fischer, S., Dornbusch, R. y Schmalensee, R. (1989). *Economía*. Madrid: Mc Graw-Hill.

- Freeman, A. (1991). National accounts in value terms: The social wage and profit rate in Britain, 1950–1986. En P. Dunne (ed.), *Quantitative Marxism* (pp. 84-106). Londres: Wiley and Sons.
- Gallo, F. (2011). *Las razones del fisco. Ética y justicia en los tributos*. Madrid: Marcial Pons.
- Holmes, S. y Sunstein, C. (2011). *El costo de los derechos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- Honneth, A. (1995). *The Struggle for Recognition. The Moral Grammar of Social Conflicts*. Cambridge, Mass.: The MIT Press
- Ingham, G. (1996). Money is a Social Relation. *Review of Social Economy*, 54(4), 507-529.
- Keynes, J. M. (1930). *A Treatise on Money* (in two volumes). Selected Writings of John Maynard Keynes. Cambridge (Reino Unido); Cambridge University Press.
- Kotlikoff, L. y Summers, L. (1986). Tax Incidence. *National Bureau of Economic Research Working Papers*, 1864, 1-79.
- Lozano, E. (2020). Comentario al texto de Francisco Saffie “La racionalidad de los impuestos. Una tarea de reconciliación”. *Discusiones*, 25 (2), 87-94.
- Maniatis, T. y Passas, C. (2019). The social net wage in different welfare regimes. *Capital and Class*, 43 (2), 227-250.
- Marx, K. (1995). *El capital*. México: FCE.
- Mott, T. y Slattery, E. (1994). Tax incidence and macroeconomic effects in a Kaleckian model when profits finance affects investment and prices may respond to taxes. *Journal of Post Keynesian Economics*, 16, (3), 391-409.
- Murphy L. B., y Nagel T. (2002). *The Myth of Ownership. Taxes and Justice*. Nueva York: Oxford U.P.
- O'Connor, J. (2002). *The Fiscal Crisis of the State*. New Brunswick: Transaction Publishers.
- OCDE, (2021). OECD Secretary-General Tax Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors. Recuperado de: www.oecd.org/tax/oecd-secretary-general-tax-report-g20-finance-ministers-july-2021.pdf, 1-12.

- Parguez, A. (2002). A Monetary Theory of Public Finance: The New Fiscal Orthodoxy: From Plummeting Deficits to Planned Fiscal Surpluses. *International Journal of Political Economy*, 32(3), 80-97.
- Piketty, T. (2014). *El capital en el siglo XXI*. México: FCE.
- Ross, A. (2000). *Lógica de las normas*. Granada: Comares.
- Saffie, F. (2020a). La racionalidad de los impuestos. Una tarea de reconciliación. *Discusiones*, 25, 17-49.
- Saffie, F. (2020b). Réplica a las críticas. *Discusiones*, 25, 119-144.
- Sarlo, O. (2006). El marco teórico en la investigación dogmática. En C. Courtis (coord.). AA.VV.: *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (pp. 175-208). Madrid: Trotta.
- Shmelev, K. (1931). The Public Finance during the Civil War. L. Hutchinson y C. Pehn (eds.). *Soviet Policy in Public Finance 1917-1928* (pp. 74-137). Stanford: Stanford University Press.
- Stiglitz, J. (2002). *La economía del sector público*. Barcelona: Antoni Bosch Editor.
- Yun-Chien, C. y Peng-Hsiang, W. (2016). The Empirical Foundation of Normative Arguments in Legal Reasoning. *University of Chicago Public Law and Legal Theory Paper Series*, 561, 1-23.

Instrucciones para autoras/es

Discusiones publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista consta de dos secciones. La primera sección, titulada *Discusiones Principal*, está dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de comentarios críticos y una réplica por parte del autor/a del trabajo principal. La segunda sección, titulada *Otras Discusiones*, incluye los siguientes tipos de contribuciones: reseñas que discutan una idea central presente en un libro o conjunto de artículos considerados clásicos o de reciente aparición; balances de discusiones que hayan tenido lugar en esta revista o en otras sedes, intentando proyectarlas hacia el futuro; análisis críticos de fallos nacionales o internacionales o de líneas jurisprudenciales de una Corte o Tribunal de relevancia; o cualquier modalidad de artículo académico que aborde temas de interés de la revista.

Envío y evaluación

Discusiones: sección principal. Para ser considerado para su publicación, todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado a la revista registrándose en nuestro sitio web. De todas formas, un envío preliminar puede realizarse al correo electrónico de la revista: revistadiscusiones@gmail.com

El contenido de esta sección surgirá de la decisión del Director, por propuesta del Comité Científico o por una propuesta externa. Las propuestas de discusión para esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del/de la editor/a y los/las discutidores/ras. La propuesta será evaluada por el Director solicitando opinión del Comité Científico. En caso de ser aceptada, el texto principal será remitido por la Secretaría de redacción para su referato ciego por dos pares externos. Si hay desacuerdo se remitirá a un tercer par externo. Finalizado el proceso de evaluación, corresponderá al/a la editor/a propuesto/a la coordinación de la discusión, recopilando

los textos críticos de las personas indicadas como comentaristas y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del/la autor/a principal; además escribe la introducción. Comentarios y réplicas serán evaluados de manera abierta por el editor/a invitado/a y/o el director. Los textos propuestos para esta sección no deberán exceder las 10.000 palabras (incluyendo bibliografía y notas al pie) y deberán respetar las normas editoriales de la revista.

Otras Discusiones. La participación en la sección resultará mediante invitación del Director o mediante envío del artículo, a través de la página web de la revista, de acuerdo con los términos y las fechas indicadas en las convocatorias periódicas. La propuesta debe incluir los siguientes documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría; (3) en su caso, archivo word o pdf de la/s sentencia/s analizada/s. Tanto en el caso de invitación como en el de respuesta a convocatoria, el texto será remitido por la Secretaría de redacción para su referato ciego por dos pares externos. Si hay desacuerdo se remitirá a un tercer par externo. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras (incluyendo bibliografía y notas al pie) y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

En todos los casos, el Director y las Secretarías de redacción verificarán que el par externo encargado de la evaluación no pertenezca a la misma institución que el autor/la autora.

Instrucciones generales de escritura y citado

Todos los trabajos estarán redactados con interlineado a espacio y medio y letra fuente Times New Roman 12. En todas las secciones, a partir del segundo párrafo se utilizará sangría izquierda de 0,5 cm. en la primera línea (el primer párrafo no lleva sangría). Se debe evitar el uso de tabulación, lista y viñetas.

El título principal, en español, estará redactado en negrita, con interlineado a espacio y medio, alineado a la derecha y en letra fuente Times New Roman 14. Debajo (sin dejar espacio) deberá incluirse, en cursivas, sin negritas y alineado a la derecha, el título en inglés.

Inmediatamente (sin dejar espacio) bajo el título principal de cada trabajo (alineado a la derecha), en letra fuente Times New Roman 12, las/os autoras/es pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán mención de su grado académico (título máximo), de su pertenencia institucional (incluyendo ciudad y país) y de su correo electrónico.

A dos espacios (abajo) del nombre, se ubicará, en español y en inglés, el resumen, de no más de 150 palabras, y las palabras claves (entre 3 y 6). Deben redactarse en letra tamaño 10, interlineado sencillo y con sangría izquierda y derecha de 1 cm en todas las líneas. Primero se incluirá la versión en español y, a un espacio (abajo), se incluirá la versión en inglés. Los títulos “Resumen”, “Palabras clave”, “Abstract” y “Keywords” deben ir en negrita. Las palabras clave irán separadas por medio de comas.

A dos espacios (abajo) se ubicará el primer título. Los títulos y subtítulos estarán redactados en negrita y tamaño 14, dejando un espacio entre el (sub)título y el primer párrafo. La numeración de los títulos y subtítulos se hará en números arábigos. Ej: 1. Mujeres al poder; 2.1. Feministas a la cabeza. Debe evitarse utilizar el formato de tabulación, numeración y viñetas para la enumeración de títulos y subtítulos (y también dentro del cuerpo del texto).

Entre los títulos (o subtítulos) y el primer párrafo de cada sección debe dejarse un espacio.

Las citas textuales, de una extensión menor a tres renglones, se indicarán entre comillas voladas dobles y se usarán comillas voladas simples si la cita incluye comillas.

Las citas textuales de una extensión mayor a tres renglones se deberán indicar en párrafo separado, sin comillas, con sangría izquierda de 1 cm en todas las líneas, sin sangría en primera línea, y deberán estar redactadas en fuente Times New Roman 11, redondas, interlineado simple. Debe dejarse un espacio antes y después de la cita.

En caso de que la/el autor/a decida insertar argumentos en párrafo separado fuera del cuerpo del texto, el formato será en Times New Roman 12, interlineado 1,5, con sangrías izquierda y derecha de 1 cm en todas las líneas, sin sangría en primera línea, sin uso del formato de tabulación, numeración y viñetas. Debe dejarse un espacio antes y después.

Referencias:

Las referencias se realizarán siguiendo el sistema de la American Psychological Association (Normas APA 6ta edición), por lo que se incluirán en el cuerpo del texto y deben ir entre paréntesis, indicando el apellido de la autora o autor, la fecha de publicación y el número de página(s) antecedido por la abreviatura “p.” si se trata de una sola página. Ejemplo:

“Como se ha dicho, el derecho es doblemente indeterminado” (Guastini, 2014, p. 55).

Si se trata de más de una página utilizar la abreviatura “pp.” y un guion entre los números de páginas. Ejemplo:

“Desde un punto de vista exclusivamente lógico optar por reconstruir la noción de derecho a partir de la noción de sistema abierto, es tan admisible como hacerlo a partir del modelo de sistema cerrado” (Redondo, 2000, pp. 43-44)

Si se hace una mención general, se hará constar solamente el apellido de la autora o autor y el año de publicación de la obra. Ejemplo:

Este tema ya ha sido abordado otras veces (Bayón, 1994; Redondo, 1996).

Las referencias bibliográficas se harán en notas a pie de página únicamente cuando sea inadecuado para el desarrollo del texto hacerlo en el cuerpo del texto. Se indicará la referencia siguiendo el siguiente formato: Véase apellido del autor/a (año, página). Ejemplo:

Véase Celano (2013, pp. 135-136).

Los números que reenvían a las notas se ubicarán luego del signo de puntuación, a excepción del guion –como aquí se muestra1–. Las notas al pie de página deben ser enumeradas consecutivamente y debe redactarse con fuente Times New Roman 10, interlineado sencillo, formato de párrafo justificado.

La bibliografía se incorporará al final del artículo, antecedida por el título “Bibliografía” en fuente Times New Roman 14, en negritas, y deberá contener exclusivamente las obras citadas (tanto en el cuerpo del texto como en las nota a pie de página). Debe dejarse un espacio entre el título “Bibliografía” y la primera referencia. Las referencias, ordenadas alfabéticamente según el apellido del autor o autora, se harán de la siguiente manera (para más indicaciones consultar directamente las Normas APA 6ta edición):

Si se trata de un libro: Guastini, R. (2011). *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli.

Si se trata de capítulo en obra colectiva: Celano, B. (2013). What can Plans do for Legal Theory?. En D. Canale y G. Tuzet (eds.), *The Planning Theory of Law* (pp. 129-152). London: Springer.

Si se trata de un artículo en revista: Redondo, M. C. (2006). Sobre la completitud de los sistemas jurídicos. *Análisis Filosófico*, 26(2), 294-324.

Las obras de un mismo autor o autora se listarán en orden descendente por fecha de publicación y usando letras cuando haya más de una publicación para un año (2010, 2001, 1997a, 1997b, etcétera).

La bibliografía estará redactada en letra Times New Roman 12, interlineado de 1,5 y llevará sangría francesa de de 0,5 cm.

Cuando se cita Normativa y Jurisprudencia, se citarán aparte, luego de la bibliografía. Deberán ir anteceditas del título “Normativa” o “Jurisprudencia”, en negritas, Times New Roman 14. Deberá seguirse el mismo formato que se utilizó para el citado de Bibliografía.

Para citar normativa: órgano que la expidió, (fecha). Nombre. [número de ley o resolución, año]. Ejemplo:

Congreso de la Nación argentina (29 de octubre de 1921). Código Penal Argentino. [Ley 11179, 1921].

Para citar jurisprudencia:

- Tribunales internacionales: nombre de la resolución, número (órgano que la expidió y fecha). Ejemplo:

The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08 (Corte Penal Internacional 21 de marzo de 2016).

En el cuerpo del texto se indicará: (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, 2016).

- Tribunales nacionales: órgano que expidió la resolución, número de resolución, fecha, “*nombre de la causa*”. Ejemplo:

Cámara de Acusación de la ciudad de Córdoba, A.I. n° 238, 26/08/2008, “*Gualda, Jorge Alberto p.s.a usurpación, etc.*”.

En el cuerpo del texto se indicará: (Gualda, 2008).

Lenguaje inclusivo

La Revista Discusiones recomienda y valora positivamente el seguimiento de las siguientes reglas de lenguaje inclusivo:

(i) Evitar el uso del masculino de manera genérica (*i.e.*, evitar “el refugiado” y usar, en cambio, “la persona refugiada”) y el uso de falsos genéricos (*i.e.*, evitar “los hombres” y usar, en cambio, “las personas” o “la humanidad”).

(ii) Preferir el uso de genéricos terminados en A, E o L (*i.e.* “la/el pianista”, “las/los asistentes”, “la/el profesional”) o, en su defecto, el correspondiente desdoblamiento (*i.e.*, “las/os niñas/os”, “la/el deportista”). En este último caso, se podrá apelar a las perífrasis o giros para evitar sobrecargas (*i.e.*, “Las personas interesadas” en lugar de “las/los interesadas/os”).

(iii) Evitar el uso de denominaciones sexuadas (*i.e.*, evitar “una mujer policía” y usar, en cambio, “una policia”).

(iv) Al proponer ejemplos, evitar aquellos que reproduzcan y refuercen un estigma, paradigma, sesgo, canon o dispositivo de opresión cuando, obviamente, no estén destinados a ejemplificar alguna de estas circunstancias.

Se terminó de imprimir en 2023
en Ediuns, Bahía Blanca, Argentina.
Se imprimieron 50 ejemplares

