

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN CRISTÓBAL DE  
HUAMANGA**

**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y  
CIENCIAS POLÍTICAS**



**LA NATURALEZA, SUJETO DE DERECHO: UN ESTUDIO  
DESDE LA LOCALIZACIÓN ONTOLÓGICA DEL DERECHO**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO CON  
MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

**PRESENTADO POR:**

Bach. CÉSAR BELISARIO GUTIÉRREZ TOLEDO

**ASESOR:**

Mg. ALDO RIVERA MUÑOZ

AYACUCHO - PERU

2019

**DEDICATORIA:**

**A MI ESPOSA MAGY ROSARIO Y A MIS HIJOS  
CLAUDIA ADRIANA Y CESAR RAFAEL**

**AGRADECIMIENTO:**

**A mis profesores de la Universidad San Cristóbal de Huamanga  
de la Maestría en Derecho Civil y Comercial, año 2012-2013**

## ÍNDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
ÍNDICE.....	iv
RESUMEN .....	ix
ABSTRACT .....	x
INTRODUCCIÓN .....	1

### TÍTULO I

#### ASPECTOS METODOLÓGICOS

##### CAPÍTULO I

##### PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1. Planteamiento del problema.....	3
2. Formulación del problema.....	7
2.1. Problema principal.....	7
2.2. Problemas específicos.....	7
3. Objetivos de la investigación-.....	7
3.1. Objetivo principal .....	7
3.2. Objetivos específicos .....	7
4. Justificación, importancia y limitaciones de la investigación .....	8
4.1. Justificación de la investigación .....	8
4.2. Importancia de la investigación .....	9
4.3. Limitaciones de la investigación .....	9
5. Hipótesis.....	10
5.1. Hipótesis general .....	10
5.2. Hipótesis específica .....	10
6. Metodología de la investigación .....	10
6.1. Tipo de investigación .....	10
6.2. Nivel de investigación.....	10
6.3. Método y diseño de la investigación.....	11

**TÍTULO II**  
**DESARROLLO DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS COMPRENDIDAS**  
**EN EL MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN**

**CAPÍTULO I**  
**DERECHO**

1. Definición de Derecho.....	12
2. El objeto de conocimiento del Derecho .....	16
3. Evolución de las corrientes iusfilosóficas más representativas.....	17
3.1. El iusnaturalismo .....	17
3.2. El iusformalismo o positivismo jurídico .....	21
3.3. El iusrealismo .....	26
3.3.1. Realismo jurídico norteamericano .....	26
3.3.2. Realismo jurídico escandinavo .....	27
3.4. Teoría tridimensional del derecho .....	28
3.4.1. La teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale .....	28
3.4.2. La teoría tridimensional del derecho de Carlos Fernández Sessarego.....	30
4. Derecho objetivo.....	31
5. Derecho subjetivo.....	32
5.1. Definición de Derecho subjetivo.....	32
5.2. Teorías sobre la naturaleza del Derecho subjetivo.....	32

**CAPÍTULO II**  
**LOCALIZACIÓN ONTOLÓGICA DEL DERECHO**

1. Consideraciones preliminares.....	34
2. La ontología y la gnoseología o teoría del conocimiento.....	35
3. La distinción entre los términos “ontico” y “ontológico”.....	36
4. El universo y sus fragmentaciones.....	37
4.1. La tesis de Luis Recasens Siches.....	37

**CAPÍTULO III**  
**SUJETO DE DERECHO**

1. Noción jurídica de sujeto de derecho.....	41
2. Evolución de sujeto de derecho.....	43
3. Categorías de sujeto de derecho.....	45

3.1. El concebido.....	46
3.2. La persona natural.....	48
3.3. La persona jurídica.....	50
3.4. La organización de personas no inscrita.....	51
3.5. La sociedad conyugal o de gananciales.....	52
3.6. La unión de hecho.....	53
4. Sujeto de derecho en el Código Civil peruano.....	53
4.1. Sujeto de Derecho en el Código de Santa Cruz.....	54
4.2. Sujeto de Derecho en el Código Civil de 1852.....	55
4.3. Sujeto de Derecho en el Código Civil de 1936.....	56
4.4. Sujeto de derecho en el Código Civil de 1984.....	57

## **CAPÍTULO IV**

### **LA NATURALEZA, SUJETO DE DERECHO**

1. Consideraciones generales .....	60
2. La Filosofía Andina de Esterman.....	61
2.1. Los principios que sustentan los derechos de la naturaleza .....	63
2.1.1. El principio de la relacionalidad .....	63
2.1.2. El principio de correspondencia .....	65
2.1.3. El principio de complementariedad .....	66
2.1.4. El principio de reciprocidad .....	67
2.2. El cuestionamiento a la filosofía andina de Estermann .....	67
3. El Buen Vivir o Sumak Kawsay .....	69
3.1. Crítica al desarrollo contemporáneo .....	70
3.2. Crítica al antropocentrismo .....	72
3.3. Interpretación y valoración de la naturaleza .....	73
4. El neoconstitucionalismo .....	74
4.1. Cuestiones generales .....	74
4.2. Condiciones para la constitucionalización del ordenamiento	
Jurídico .....	75
4.2.1. Una constitución rígida .....	75
4.2.2. La garantía jurisdiccional de la constitución .....	76
4.2.3. La fuerza vinculante de la Constitución .....	76
4.2.4. La “sobre-interpretación” de la Constitución .....	77

4.2.5. La aplicación directa de las normas constitucionales .....	77
4.2.6. La interpretación conforme a las leyes .....	78
4.2.7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas .....	78
4.3. Caracterización del Neoconstitucionalismo .....	78
4.3.1. El marco histórico .....	78
4.3.2. El marco filosófico .....	79
4.3.3. El marco teórico .....	79
4.4. El neoconstitucionalismo transformador.....	80
4.4.1. La crisis del derecho y del Estado.....	81
4.4.2. La propuesta de solución de la crisis.....	82

## **CAPÍTULO V**

### **SUJETO DE DERECHO Y SU TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN CONSTITUCIONAL COMPARADA**

1. Consideraciones generales.....	83
2. Aspectos de la vinculación de sujeto de derecho, en las constituciones Europeas y Latinoamericanas.....	84
2.1. La Constitución de la República Italiana de 1947.....	84
2.2. La Ley fundamental de Bonn de 1949.....	84
2.3. La Constitución Portuguesa de 1976 .....	85
2.4. La Constitución Española de 1978.....	86
2.5. La Constitución Brasileña de 1988.....	86
2.6. La Constitución Colombiana de 1991 .....	87
2.7. La Constitución Venezolana de 1999 .....	88
2.8. La Constitución Ecuatoriana de 2008.....	90
2.9. La Constitución Boliviana de 2009.....	92
3. Contrastación de los sistemas comparados.....	93

## **TÍTULO III**

### **ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

1. Descripción de resultados.....	95
2. Contrastación de hipótesis.....	97

## **TÍTULO IV**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

1. Conclusiones.....	100
----------------------	-----

2. Recomendaciones.....	101
Referencia Bibliográfica.....	103
Anexos.....	108
I. Matriz de consistencia.....	109
II. Encuesta.....	110

## RESUMEN

El presente trabajo, lleva por título: “La naturaleza, sujeto de derecho: un estudio desde la localización ontológica del derecho”, trata de explicar, de que no es factible atribuir derechos a la naturaleza, desde la localización ontológica del derecho, ya que desde una perspectiva humana atribuir a objetos ónticos o materiales, derechos obligaciones o valores axiológicos, no es nada serio. El derecho es un fenómeno eminentemente social, es un objeto ontológico, ideal, es decir, sin personas no existe, derecho (como concepto), derecho (objetivado), ni derecho (como atributo subjetivado), a diferencia de los objetos ónticos, que tienen estructura propia y existen independientemente de la existencia del hombre.

El objetivo principal de la investigación radica en explicar, por qué la naturaleza no debe ser considerada sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho. Se aborda el tema, desde la perspectiva de la teoría tridimensional del derecho, el neoconstitucionalismo, las corrientes del Sumak Kausay y la Filosofía Andina. En cuanto a la metodología de investigación, esta es una investigación básica, nivel exploratorio, descriptivo-explicativo.

Los resultados de la investigación revelan, de que no es posible atribuir derechos a la naturaleza u otros seres distintos al ser humano, ya que éste ser libre, es el creador, protagonista y destinatario del derecho. De acuerdo a la localización ontológica del derecho, éste es un objeto cultural, es decir, sin seres humanos no existe. El derecho, para la teoría tridimensional es vida humana social, normas y valores que coexisten. El neoconstitucionalismo, que propugna la constitucionalización del ordenamiento jurídico, el Sumak Kausay, que es un buen propósito, para vivir en armonía con la naturaleza y la Filosofía Andina, que tiene inconsistencias como tal, tampoco sustentan la tesis de la naturaleza como sujeto de derecho.

### **Palabras claves:**

Sujeto de derecho, localización ontológica del derecho, teoría tridimensional del derecho, neoconstitucionalismo, Sumak Kawsay, Filosofía Andina, óntico, crisis ambiental.

## ABSTRACT

The present work is entitled: "Nature, subject of law: a study from the ontological location of law", tries to explain, that it is not feasible to attribute rights to nature, from the ontological location of law, since from a human perspective, attributing to ontic or material objects, rights, obligations or axiological values is nothing serious. Law is an eminently social phenomenon, it is an ontological, ideal object, that is, without people there is no law (as a concept), law (objectified), or law (as a subjective attribute), unlike ontic objects, which They have their own structure and exist independently of the existence of man.

The main objective of the investigation is to explain, why nature should not be considered a subject of law, from the ontological location of the law. The subject is approached, from the perspective of the three-dimensional theory of law, neo-constitutionalism, the currents of Sumak Kausay and Andean Philosophy. As for the research methodology, this is a basic research, exploratory, descriptive-explanatory level.

The results of the investigation reveal that it is not possible to attribute rights to nature or other beings other than the human being, since this being free is the creator, protagonist and addressee of the right. According to the ontological location of law, this is a cultural object, that is, without human beings it does not exist. The law, for three-dimensional theory is social human life, norms and values that coexist. The neo-constitutionalism, which advocates the constitutionalization of the legal system, Sumak Kausay, which is a good purpose, to live in harmony with nature and the Andean Philosophy, which has inconsistencies as such, does not support the thesis of nature as a subject of law .

### **Keywords:**

Subject of law, ontological location of law, three-dimensional theory of law, neo-constitutionalism, Sumak Kawsay, Andean Philosophy, ontic, environmental crisis.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación lleva por título: “La naturaleza, sujeto de derecho: un estudio desde la localización ontológica del derecho”, en el que se aborda como problema principal ¿Por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho? Teniendo en cuenta que, al concebir la tesis sobre la naturaleza como sujeto de derecho, hay una cuestión central que no se ha puesto en debate, y es la que finalmente podría determinar la posibilidad real, de que la propuesta descansa sobre una base sólida. Nos referimos a localización ontológica del derecho.

El derecho es un fenómeno social. El derecho es un objeto ontológico, ideal, es decir, sin personas no existe, derecho (como concepto), derecho (objetivado), ni derecho (como atributo subjetivado), a diferencia de los objetos ónticos, que tienen estructura propia y existen independientemente de la existencia del hombre.

Desde una perspectiva humana, atribuir a objetos ónticos o materiales, derechos, obligaciones y valores axiológicos, no es nada serio. Los derechos, obligaciones y valores axiológicos, jamás lo hará suya la naturaleza, probablemente ante esa generosidad permanecerá ciega, sorda y muda.

El objetivo principal de la presente investigación es: Explicar por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho y como objetivos secundarios se pretende: 1) Explicar por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo a la teoría tridimensional del derecho; 2) Explicar por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del

derecho, de acuerdo al neoconstitucionalismo, y, 3) Explicar por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo a las corrientes del Sumak Kawsay y la Filosofía Andina. Y como hipótesis general se ha planteado lo siguiente: La naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho.

Se estudia el derecho en su evolución, el sujeto de derecho, la localización o ubicación ontológica del derecho, las corrientes del Sumak Kausay o Buen Vivir, la Filosofía Andina y lógicamente se expone la tesis sobre la naturaleza como sujeto de derecho y las teorías y corrientes del pensamiento, que sustentan su posición a favor o en contra, asimismo el tratamiento de sujeto de derechos en las constituciones europeas y latinoamericanas.

La investigación tiene la siguiente estructura: el Planteamiento Metodológico, Título I, Cap. I; en el Título II, se desarrolla las Instituciones Jurídicas, comprendidas en el marco teórico, el Derecho (Cap. I); la localización ontológica del derecho (Cap II); Sujeto de Derecho, (Capítulo III); la naturaleza: sujeto de derecho (Cap.IV); un estudio comparado de las Constituciones Europeas y Latinoamericanas (Cap.V); el Título III, trata sobre el análisis e interpretación de resultados; y finalmente en el Título IV, se trata sobre las conclusiones y recomendaciones, luego la referencia bibliográfica y los anexos.

**TÍTULO I**  
**ASPECTOS METODOLÓGICOS**  
**CAPÍTULO I**  
**PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO**

**1. Planteamiento del problema**

Vivimos en una época, donde la crisis del medio ambiente, ha alcanzado niveles alarmantes. No detener este fenómeno, pondría en un futuro no muy lejano, en serio peligro nuestra propia existencia como especie y de los demás seres vivos que pueblan el planeta.

Según Lamadrid (2011) “la severa crisis ambiental por la que atravesamos, se debe a factores concurrentes propios del desarrollo de las conductas del hombre y sus relaciones sociales, así como su moderna actitud frente al ambiente” (p. 19). Luego, Lamadrid (2011) considera, que los factores contributivos de la crisis ambiental son: i) la crisis de la conciencia ambiental (falta de capacidad del hombre moderno para conservar su propio habitat); ii) la contaminación ambiental (contaminación atmosférica, del agua y del aire); iii) la degradación ambiental (pérdida progresiva de la aptitud de los recursos naturales para prestar bienes y servicios a la humanidad, y la del medio físico para albergarnos en condiciones de vida y sanidad); y, iv) la depredación ambiental (uso no sostenible de los recursos naturales renovables) (p. 23-51).

Ante la severa crisis ambiental, los actuales marcos normativos, tanto en nuestros países latinoamericanos y a nivel global, terminan justificando o tolerando los problemas ambientales (Carmona, 2015).

Frente a la crisis ambiental, han surgido diversas propuestas para superarlo o por lo menos mitigar sus efectos. Una de esas propuestas, considera que la solución, es reconocer a la Naturaleza como sujeto de derecho (Gudynas, 2014, p. 11-129).

Los antecedentes de la tesis, que postula a la naturaleza como sujeto de derecho, se remonta al siglo XX, época en que aparecen enfoques holísticos en la relación hombre – naturaleza, pero como resalta Gudynas, el giro biocéntrico que terminó por imponer la constitucionalización de la naturaleza como sujeto de derecho en el Ecuador, “es el producto de una larga acumulación de debates y construcción política en temas ambientales, y la acción de una gran diversidad de actores. Sería exagerado sostener que esas novedades se debieron a algunos seguidores de la ecología profunda” (Gudynas, 2014, p. 83).

Sin embargo, es necesario referirse a los precursores de la idea. Klaus Bosselman, abogado y filósofo alemán, en 1986, propuso la introducción en la Constitución de la República Federal Alemana, “el derecho del medio ambiente natural”, propuesta que no fue acogida, pero que marca un hito al respecto (Ost, 1996, p. 170). Luego, en 1977, el abogado chileno Godofredo Stutzin (2010), expresa que “reconocer a la naturaleza como una entidad dotada de derechos es jurídicamente posible, tiene en cuenta una situación real y responde a una necesidad práctica”.

Pero antes de Stutzin y Bosselman, se había desarrollado otras corrientes, como la denominada ética ambiental, los enfoques biocéntricos y ecocéntricos, entre otros, a la par comenzó a generarse una copiosa legislación internacional, encaminada a la protección del medio ambiente y no sólo ello, sino que los gobernantes de los países del mundo comenzaron a preocuparse por la problemática y en reuniones (cumbres) han suscrito compromisos a fin de evitar se ahonde la crisis ambiental, aunque con la reticencia y a veces la abstención de los países que más contribuyen con la crisis (EE.UU. de Norteamérica, China e India).

Es necesario recordar a algunas personalidades, que más han contribuido, con la preocupación, en temas relativos a la crisis ambiental y han esbozado tesis, que han sido desarrolladas y han contribuido al esclarecimiento de la problemática.

Uno de esas personas es Aldo Leopold (1887-1948), quién un año antes de su muerte, publicó *A Sand County Almanac, and Sketches Here and There* (Un almanaque del Condado de Sand, y bocetos de aquí y allá), en cuya sección final ha insertado un artículo denominado “la ética de la tierra”. Para Leopold, la tierra es la comunidad dentro del cual dos o más organismos naturales se interrelacionan, donde los seres humanos, más que amos y señores, deberían verse como meros miembros y ciudadanos de la comunidad biótica, como compañeros de viaje de las demás criaturas en la odisea de la evolución (Esquivel, 2006, p. 62).

A Aldo Leopold, podríamos agregar una larga lista: Tom Reagan, Callicot, Bill Devall, Arne Naess, Richard y Val Routley, Rachel Carson, Peter Singer, James Lovelock, Cristhoper Stone, etc., cuyos postulados han servido como fermento para que más tarde se propugne la tesis de convertir a la naturaleza como sujeto de derecho.

La tesis de la naturaleza como sujeto de derecho, ha encontrado eco, precisamente en un país latinoamericano, concretamente en el Ecuador, país que por decisión de la Asamblea Nacional Constituyente y del pueblo ecuatoriano, ha positivizado en el artículo 10 de su Constitución Política de 2008, a la naturaleza como sujeto de derecho.

Para quienes respaldan la tesis de la naturaleza como sujeto de derechos, la razón sobre el que nace los Derechos de la Naturaleza, es la emergencia planetaria frente a la destrucción de ecosistemas, es decir, la crisis ambiental. Pero más allá de los resultados, es decir, que con esta propuesta se neutralice o no la crisis ambiental, surgen de inmediato cuestionamientos sobre la solidez de esta tesis.

La corriente de pensamiento que hace suyo la tesis de la naturaleza como sujeto de derechos, es el denominado Buen Vivir o Sumak Kausay, a decir de Eduardo Gudynas

(2011) “aparece como la más importante corriente de reflexión que ha brindado América Latina en los últimos años” (p. 1-20).

Sin embargo, la tendencia dominante en el derecho contemporáneo, como lo reconoce un jurista peruano, sobre sujeto de derecho:

Es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. En la experiencia jurídica -en la dimensión existencial- este ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano, antes de nacer o después de haberse producido este evento, ya sea que se le considere individualmente o como organización de personas. (Fernández, 2009, p. 3).

Al concebir la tesis, de la naturaleza como sujeto de derecho, hay una cuestión central que no se ha puesto en debate, y es la que finalmente podría determinar la posibilidad real, de que la propuesta descansa sobre una base sólida y permita su perdurabilidad en el tiempo.

Nos referimos a la localización ontológica del derecho. Debemos señalar, que el derecho es un fenómeno eminentemente social. El derecho es un objeto ontológico, ideal, es decir, sin personas no existe, derecho (como concepto), derecho (objetivado), ni derecho (como atributo subjetivado), a diferencia de los objetos ónticos, que tienen estructura propia y existen independientemente de la existencia del hombre.

Considerar a la naturaleza como sujeto de derecho, podría haberse gestado, sobre la errónea apreciación, de la localización ontológica del derecho y la naturaleza misma del derecho. Este error, podría ser el cimiento sobre el que se levanta todo el andamiaje que sustenta esta tesis. El resultado, por una parte la absoluta ineficacia para encarar la emergencia planetaria y por otro lado la tesis no tendría un sustento para pervivir en el tiempo.

Desde una perspectiva humana, atribuir a objetos ónticos o materiales, derechos, obligaciones y valores axiológicos, no es nada serio. Los derechos, obligaciones y valores

axiológicos, probablemente jamás lo hará suya la naturaleza, ante esta generosidad lo más probable es que permanezca ciega, sorda y muda.

## **2. Formulación del problema**

### **2.1. Problema principal**

¿Por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho?

### **2.2. Problemas específicos**

- ¿Por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo a la teoría tridimensional del derecho?

- ¿Por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo al neoconstitucionalismo?

- ¿Por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo a las corrientes del Sumak Kawsay y la Filosofía Andina?

## **3. Objetivos de la investigación**

### **3.1. Objetivo Principal**

Explicar por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho.

### **3.2. Objetivos específicos**

Explicar por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo a la teoría tridimensional del derecho.

Explicar por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo al neoconstitucionalismo.

Explicar por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo a las corrientes del Sumak Kawsay y la Filosofía Andina.

#### **4. Justificación, importancia y limitaciones de la investigación**

##### **4.1. Justificación de la Investigación**

De acuerdo con lo expuesto en el planteamiento del problema de investigación, el tema a estudiar reviste singular importancia para la vida humana, por su trascendencia histórica, jurídica y utilidad práctica; motivo por el cual, resulta necesario desarrollar el presente trabajo de investigación, el mismo que contribuirá, a esclarecer el brumoso panorama que ha surgido, cuando se ha propuesto la tesis de *la naturaleza con derechos*, para resolver aparentemente un problema de vital importancia para la humanidad: la actual crisis ambiental.

El presente trabajo de Investigación además, incentivará a los estudiantes y profesionales del derecho, a realizar trabajos de investigación, sobre temas relacionados con *sujeto de derecho, crisis ambiental, derechos humanos*, etc. fortaleciendo la capacidad de respuesta de los seres humanos, ante interrogantes relacionados con nuestro papel en la historia, nuestra responsabilidad ante las futuras generaciones, nuestros deberes y obligaciones ante el medio ambiente y el hogar de la humanidad: la tierra.

La naturaleza es un objeto o entidad óntica, desde la distinción heideggeriana (Cossio, 1980), y lo óntico, es un “adjetivo de ente, toma su significado de la existencia en sí de las cosas; esta existencia es un dato independiente lo que el hombre puede saber acerca de ella; nuestro pensamiento ni la hace ni la deshace” (Cossio, 1980, p. 197). La naturaleza, tiene una existencia independiente al ser humano, de tal manera que dotarle de derechos, no cambiará en nada su situación.

La conservación de un medio ambiente sano, la necesidad de protección de la naturaleza (el hogar común de la humanidad y de las demás especies) y afrontar la crisis ambiental, no es un problema de la tierra o la naturaleza, es un problema humano y la solución debe partir de donde corresponde, es decir del ser humano. En todo caso, el derecho tiene que regular la conducta humana de la forma más adecuada, a fin de evitar el descalabro ambiental. En el hipotético caso de que la crisis ambiental, sería generado por la naturaleza (la tierra, el sol, las estrellas, etc.) el ser humano poco o nada nada podría hacer para evitar o mitigar sus efectos.

## **4.2. Importancia de la Investigación**

La trascendencia de la presente investigación radica en establecer la validez o no de la tesis que propugna dotarle de derechos a la naturaleza; a su vez para determinar si la tesis que considera a la naturaleza como sujeto de derecho, tiene un basamento real a la luz de la ubicación o localización ontológica del derecho y la naturaleza misma del derecho.

El atribuir derechos a la naturaleza o convertirlo en sujeto de derecho, si en realidad no le corresponde esa condición, podría constituir en una especie de un gran fraude teórico, para desviar la atención mundial del verdadero problema ambiental, cuyas causas radican más bien en una caduca e irracional organización social, llamada “civilización occidental”, que es la causante de la crisis ambiental.

La solución a los problemas ambientales, se debe buscar en las causas que lo originan y no disfrazar el problema, con medidas desatinadas como atribuir a la naturaleza de derechos, que nunca podrá ejercer y por otro lado, quienes lo representan no harán lo suficiente para protegerlo.

La utilidad práctica, es que al ser humano encauce la solución de los problemas como el ambiental, con medidas efectivas y reales.

La investigación será de gran beneficio para los actores sociales preocupados por la crisis ambiental que afrontamos, quienes contarán con un instrumento esclarecedor, para no desviarse del verdadero problema y buscar la solución con medidas efectivas.

## **4.3. Limitaciones de la Investigación**

- Hay carencia de literatura que cuestione la tesis, de la naturaleza como sujeto de derecho.

- Pocas investigaciones a nivel posgrado o similares al tema propuesto.

- Falta de bibliotecas especializadas en la región con temas relacionados al objeto de estudio.

## **5. Hipótesis**

### **5.1. Hipótesis general**

La naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho.

### **5.2. Hipótesis específica**

La naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo a la teoría tridimensional del derecho.

La naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo al neoconstitucionalismo.

La naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo a las corrientes del Sumak Kawsay y la Filosofía Andina.

## **6. Metodología de la investigación**

### **6.1. Tipo de investigación**

Básica, se recurre a conocimientos ya existentes inmersos en el ámbito normativo y doctrinario; de los cuales, a su vez, se extraerán criterios que guiarán el estudio, conocimiento que marcará su importancia en diversos momentos de la investigación, entre ellos, la recogida de datos y discusión de los resultados, por lo que deviene por estos hechos últimos en cualitativo también.

### **6.2. Nivel de Investigación**

Es exploratorio, porque el objetivo será examinar una variable poco estudiada; ya que no se han hallado estudios similares realizados, con una propuesta metodológica similar. Así mismo porque se orientará a familiarizarse con la variable que tiene como base la revisión de la literatura que contribuirá a resolver el problema de investigación. Es descriptivo, porque el examen intenso del fenómeno a la luz de conocimientos existentes, permitirá determinar si la variable o categoría en estudio evidencia o no en su contenido un conjunto de características que definen su perfil, en suma, es descriptivo-explicativo.

### **6.3. Método y diseño de la Investigación**

#### **6.3.1. Método**

Descriptivo, explicativo, heurístico.

#### **6.3.2. Diseño**

No experimental, porque no existirá manipulación de la variable, sino observación del fenómeno tal como se da en su contexto natural de los eventos, ajeno a la voluntad del investigador. Transversal, porque el número de ocasiones en que se medirá la variable será una sola vez; lo que significa que el recojo de datos se realizará en un momento exacto del transcurso del tiempo. También se le conoce como transeccional. Las investigaciones explicativas son más estructuradas que las demás clases de estudios y de hecho implican los propósitos de ellas (exploración, descripción y correlación), además de que proporcionan un sentido de entendimiento del fenómeno a que hacen referencia.

**TÍTULO II**  
**DESARROLLO DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS COMPRENDIDAS**  
**EN EL MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN**  
**CAPÍTULO I**  
**EL DERECHO**

**1. Definición del Derecho**

Sobre la importancia del derecho, es necesario resaltarlo, tal y como lo hace (Cáceres, 2000, p. 19), en una de sus investigaciones:

El derecho juega un papel fundamental en nuestras vidas desde tiempo inmemorial. Subyace a muchas de nuestras conductas cotidianas y forma parte de los esquemas de los que comprendemos el mundo presente, pasado y futuro y nos permite conducirnos en él.

Dada la importancia del derecho, es necesario una aproximación a ella, siendo el primer paso, la definición del objeto a conocer o estudiar. Debemos tener presente que “definir consiste básicamente en delimitar; es decir, poner fines o límites a un pensamiento para encontrar su verdadera esencia” (Flores, 2015, p. 1002).

Sobre la definición del derecho hay muchas dificultades que surgen. Uno de ellos es su carácter multívoco, ya que tiene varias representaciones que hacen equívoco cualquier intento por definirlo; su alcance anfibológico, ya que se puede camuflar en tantas acepciones como circunstancias. Se menciona que también es polisémico, es decir, tiene

más de un significado. Por otra parte “es una realidad compleja que presenta varias dimensiones: social, lógica, económica, psicológica, ética, religiosa. etc.” (Torres, 2001. p. 95).

A las dificultades mencionadas, se suma, como en los textos de introducción al derecho se aborda el tema. Generalmente se presenta como un catálogo de definiciones del derecho, de *estudiosos* preferidos por cada autor, pero que no responden a un criterio, un orden, una clasificación, que conlleve a esclarecer el tema tratado.

Para tratar un tema tan complejo, como es la definición del derecho, es necesario agrupar a los autores más representativos, de acuerdo a rasgos o criterios comunes que hay entre ellos, es decir, de acuerdo a la corrientes o escuela a la que pertenecen, solo así, se podrá definir el derecho de acuerdo a las características propias de la corriente o escuela y los matices que pueden acusar los autores, pero dentro de la afinidad propuesta.

El *iusnaturalismo* en su vertiente teológica tiene como máximos representantes a Agustín de Hipona y Tomás de Aquino. El derecho para San Agustín, se presenta como la ley eterna (*lex aeterna*).

Es la razón divina o voluntad de Dios que manda conservar el orden natural y prohíbe perturbarlo o que dirige todo lo creado hacia sus propios fines. Al lado de la ley eterna se encuentra la ley natural que es la ley eterna inscrita en el corazón y la conciencia de los hombres” (Flores, 2015, p. 1011).

Frente a la ley natural, se encuentra la ley humana, que debe ser justa y recta, para ser considerado derecho.

Tomás de Aquino, sostiene que “la ley eterna es la razón divina que gobierna todo lo que existe mientras que la ley natural es la participación de la ley eterna en la criatura racional” (Flores, 2015, p. 1011). En este orden de ideas, las leyes humanas deben de ser dictadas conforme a la ley de Dios, para ser consideradas como verdaderas leyes.

El *iusnaturalismo* en su vertiente laico o racional, es representado por Hugo Grocio, Thomás Hobbes, John Locke, Baruch Espinoza, Samuel Pufendorf, Cristian Tomasius, Gottfried Wilhelm Leibniz, Cristian Wolf, Jean Jacques Rousseau e Immanuel Kant.

Para Hugo Grocio el derecho,

No es otra cosa que un producto que resulta del apetito social o de sociedad que tienen los hombres para vivir en grupos organizados, donde impere una fuerza común bajo el imperio del derecho natural y de la razón. Este derecho natural es dictado por la recta razón de los hombres (Flores, 2015, p. 1013).

Kant, sostiene que el derecho se reduce a regular las acciones externas de los hombres y a hacer lo posible, su coexistencia. Luego define el derecho como el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad.

Para la corriente del *iusnaturalismo* laico o racional, en esencia, el derecho deriva de la naturaleza humana, por su calidad racional y social, a diferencia del teológico, que consideraba al hombre como el hijo de Dios. Sin embargo, ambas vertientes reducen el derecho, a un contenido intrínsecamente justo o natural.

El *iuspositivismo*, que surge como una reacción contra el *iusnaturalismo*, se nutre del pensamiento de Augusto Comte y su teoría de las tres etapas en la evolución del pensamiento humano: el “estado teológico”, en que el derecho se ha identificado con la voluntad de Dios o con la revelación divina; el “estado metafísico”, el derecho se ha explicado como algo de acuerdo con la naturaleza del hombre como ser racional; y el “estado positivo” que viene a desembocar de los dos estados anteriores en lo que Comte denomina “en el último y definitivo estado del espíritu humano” (Comte, 1999, p. 69-81). “En que la ciencia dependería de la experiencia, como los únicos métodos válidos para un ejercicio verdaderamente científico” (Flores, 2015, p. 1014).

La corriente de pensamiento denominado *iuspositivismo* tiene como máximo exponente, a Hans Kelsen, quién en su Teoría pura del Derecho, desarrolla una teoría del

derecho purificada de toda ideología política y de todo elemento científico-natural, consciente de su singularidad en razón de la legalidad propia de su objeto (Kelsen, 1982).

Según Kelsen, el derecho es un orden normativo. Un sistema de normas coordinadas entre sí y dictadas por quienes ostentan el poder soberano. Sólo es derecho, las normas jurídicas positivizadas.

El iusrealismo tiene dos vertientes: el *Realismo Jurídico Norteamericano* y el *Realismo Jurídico Escandinavo*.

El *Realismo Jurídico Norteamericano*, se encuentra representado por Oliver Wendell Holmes, Benjamin Cardozo y Roscoe Pound, ellos “tratan de minimizar el elemento normativo y prescriptivo del derecho y maximizan el elemento empírico y descriptivo del mismo. Así el derecho se convierte en un conjunto de hechos, en lugar de normas” (Flores, 2015, p. 1023).

El *Realismo Jurídico Escandinavo*, cuyos máximos representantes son Axel Hägerström, A. Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona y Alf Ross, propugna en el sentido de que “la naturaleza del derecho se identifica con un conjunto de hechos en lugar de un conjunto de normas o comandos: el derecho no es otra cosa que los hechos sociales” (Flores, 2015, p. 1024).

En suma, para estas dos vertientes del iusrealismo, “la ciencia del derecho se debe ocupar fundamentalmente del ser de la conducta humana entendida como un conjunto de fenómenos o hechos eficaces o reales, y no de las normas formales o vigentes ni de los valores justos o naturales” (Flores, 2015, p. 1019).

El *tridimensionalismo jurídico*, cuyos máximos exponentes son Miguel Reale, Luis Recasens Siches y en el Perú, Carlos Fernández Sessarego, quienes propugnan, como resume Recasens (1997):

En la realidad del derecho se dan, *recíproca e indisolublemente trabadas entre sí tres dimensiones: hecho, norma y valor*. El derecho es un hecho, *una obra*

*humana*, estimulada por la conciencia de unas necesidades en la vida social; obra producida bajo forma *normativa*; y que, en su función para satisfacer esas necesidades, intenta hacerlo de acuerdo con la realización de unos *valores* específicos (p. 40).

En consecuencia, la definición del derecho, se ha obtenido de cuatro corrientes *iusfilosóficas*, que según nuestro criterio son las más representativas de nuestra historia jurídica: *el iusnaturalismo*, *el ius positivismo*, *el iusrealismo*, que ha consolidado una cuarta corriente, es lo que se denomina *la teoría tridimensional del derecho*, que resultaría siendo, algo así como la superación dialéctica de las tres corrientes unidimensionales del derecho y además de las otras, que si bien no son representativas en el universo jurídico, pero si aportaron en su consolidación.

## **2. El objeto de conocimiento del derecho**

Así como no puede existir un concepto de derecho válido para todo tiempo y época, como le hemos referido, del mismo modo ocurre con el objeto de conocimiento del derecho, y dependerá de la perspectiva de cada estudioso y de la corriente de pensamiento a la que se halla ligado o vinculado.

Para el *iusnaturalismo*, en sus dos vertientes, el objeto de conocimiento del derecho, será el derecho justo o natural y lo que importará serán los valores (aspecto axiológico). El derecho es considerado como valor.

Mientras que el *iuspositivismo*, a diferencia del *iusnaturalismo*, que se identifica con el derecho vigente o formal, su máxima preocupación son las normas (aspecto normativo). El derecho para esta corriente es considerado como norma.

El *iusrealismo*, tanto *Norteamericano*, como *Escandinavo*, su enfoque está dirigido al derecho eficaz o real, importándole sobre los otros aspectos los hechos (aspecto fáctico). El derecho según esta corriente es la realidad.

El *Tridimensionalismo jurídico*, que implica según sus defensores, una superación de las tres anteriores corrientes, incluye dentro de su objeto de conocimiento el *hecho*, *valor* y

*norma*, integrados dinámicamente y dialécticamente (Reale, 1997). El derecho para esta corriente es hecho, valor y norma.

### 3. Evolución de las corrientes iusfilosóficas más representativas

Durante nuestra historia como civilización, las corrientes o escuelas *iusfilosóficas*, más representativas o más influyentes, son: el *iusnaturalismo*, el *iusformalismo* o *positivismo*, el *iusrealismo* y el *tridimensionalismo jurídico*, pero fuera de esta lista existen otras. La corriente *historicista*, *marxista*, *estructuralista*, *analítica*, *deóntica*, *egológica*, *funcionalista*, *semántica*, *la teoría dinámica del derecho*, *la teoría pluridimensional del derecho*, etc.

#### 3.1. El iusnaturalismo

El derecho natural o *iusnaturalismo* ha sido dividido por los estudiosos en dos grandes épocas: el *iusnaturalismo* tradicional y el *iusnaturalismo* contemporáneo. A su vez, el *iusnaturalismo* tradicional, se ha dividido en varias fases: la *fase* clásica (Grecia y Roma), la *fase* medieval (cultura cristiana o teológica) y la *fase* moderna o ilustrada (Ilustración) (Trujillo, 2015, p. 3).

Los representantes más notables de la fase clásica, son Aristóteles (384-322 a.n.e.), Marco Tulio Cicerón (106-43 a.n.e.) y Domicio Ulpiano (Tiro, 170 - Roma, 228), un griego y dos romanos, quienes sintetizan y expresan el pensamiento de su época, sobre el *iusnaturalismo*.

Aristóteles (384-322 a.n.e.), considerado como el más grande filósofo de la antigüedad, sostiene que existe un derecho no escrito.

Es el establecido por la naturaleza, el “natural” que tiene valor independientemente de si es reconocido no por este u otro Estado. El derecho natural, según él, constituye la base que rige en el Estado y que es establecida por ley (Pokrovski, 1966, p. 70).

Coloca el derecho al mismo nivel que a la justicia. Hay justicia cuando hay conformidad con las leyes. Distingue dos clases de justicia la *niveladora* y la *distributiva*.

Marco Tulio Cicerón (106-43 a.n.e), fue orador, filósofo y político, para este pensador el derecho natural es la ley de la razón, se dice que su presencia “es relevante por su síntesis entre la tradición griega y romana”(Trujillo, 2015, p. 4), para la comprensión del derecho natural,

La doctrina estoica (en la parte que aquí interesa) se funda sobre el principio según el cual el ser humano participa de una razón universal, que es origen y providencia del mundo, y que es también el fundamento de un único género humano al que pertenecen todos. La virtud del ser humano consiste en vivir en coherencia con su naturaleza de ser racional, controlando lo que a ello se opone (como las pasiones) (Trujillo, 2015, p. 24).

Domicio Ulpiano (Tiro, 170 - Roma, 228), jurisconsulto romano considerado uno de los más grandes de la historia del derecho, Ulpiano identifica la justicia como el fin del derecho.

Ofrece una definición del derecho natural como aquello que la naturaleza enseña a todos los animales... una fórmula exitosa. Quizás la razón del éxito es su ambigüedad, pues se presta a interpretaciones que van desde el naturalismo biológico (el derecho natural se identificaría con la Madre-Naturaleza) a la naturalidad de la razón (Trujillo, 2015, p. 24).

El representante más notable de la fase medieval, es sin duda Tomás de Aquino (1225-1274), quién considera:

El último fundamento de la obligatoriedad de la ley natural está en la ley divina, pues ya se ha recordado que la ley –en cuanto ordenación de la razón al bien- es por excelencia la ley divina, y sólo de manera derivada la ley natural y la ley humana” (Trujillo, 2015, p. 26).

En la fase medieval, la tradición cristiana del derecho natural, se formó teniendo como antecedente las doctrinas del *iusnaturalismo* tradicional y su encuentro con el

cristianismo, así se crea un nuevo derecho, el denominado Derecho Canónico, en el que funden la razón humana y la revelación divina.

El *iusracionalismo* o *iusnaturalismo ilustrado*, está marcado por dos fenómenos. Por un lado, el nacimiento del estado moderno y su proyección internacional, en un derecho de gentes que se acerca cada vez más al derecho internacional. Por otro lado, el surgimiento de la concepción del derecho subjetivo.

Las figuras más destacadas de esta fase, son Hugo Grocio (1583-1645), Tomas Hobbes (1588-1679), Samuel Pufendorf (1632-1694), John Locke (1632-1704) e Immanuel Kant (1724-1804), los que han sintetizado el desarrollo de la corriente iusnaturalista.

Para Hobbes y Pufendorf “la naturaleza humana va estudiada a través (y el derecho natural extraído) de la observación de las cosas humanas, de los comportamientos humanos efectivos” (Trujillo, 2015, p. 29). Hobbes, sostiene que la “ley natural es un teorema de la razón (un cálculo) y su precepto principal es el de pasar al estado civil, el único en el que es posible la sobrevivencia del individuo” (Trujillo, 2015, p. 29). Para Pufendorf, “la circunstancia de la debilidad humana hace que el fundamento del derecho natural sea la sociabilidad” (Trujillo, 2015, p. 29).

Con John Locke, se desarrolla la noción subjetiva de derecho natural. El derecho natural, deja paso a los derechos naturales de los individuos, pero estos derechos tienen su fundamento en la ley natural, siendo inalienables e irrenunciables (Trujillo, 2015, p. 30).

Para Kant, “el derecho natural es el conjunto de obligaciones que el hombre conoce con su razón, y que debe ser obedecido sin intervención externa, es decir, en régimen de completa autonomía” (Trujillo, 2015, p. 30). Así el derecho positivo se origina, sobre el presupuesto del derecho natural.

El *ius naturalismo contemporáneo*, tiene enfocado sus preocupaciones sobre determinados temas: a) el problema del origen y principio del mundo y del hombre, b) la cuestión antropológica o sobre la dignidad del hombre y sus límites, c) los criterios de lo

bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, d) el fundamento trascendente del orden natural, e) el fundamento moral y de las explicaciones suficientes de las leyes humanas, y f) las cuestiones especiales de justicia ética, personal y social.

Hay un rasgo peculiar de “los iusnaturalismos del siglo XX y XXI —incluso cuando no son propiamente *tomistas*— adoptan como uno de sus puntos de referencia la doctrina de santo Tomás, aunque expresada de maneras novedosas y adaptadas al contexto del debate cultural respectivo” (Orrego, 2015, p. 46).

Estos son los autores que revisten especial relevancia durante los primeros dos tercios del siglo XX, en torno al iusnaturalismo: Viktor Cathrein (1845-1931), Jacques Leclercq (1891-1971), Giuseppe Graneris (1888-1981), Heinrich Rommen (1897-1967), Alessandro Passerin D’Entreves (1902-1985), Miguel Sancho Izquierdo (1890-1988) y Luis Legaz y Lacambra (1906-1980) Jacques Maritain (1882-1973)<sup>13</sup> y Johannes Messner (1891–1984). Luego es necesario citar a C.S. Lewis (1898-1963), Leo Strauss (1899-1973) y a Eric Voegelin (1901-1985).

Es necesario detenerse en Francia, donde destaca Michel Villey (1914-1988), quién:

Rescata la comprensión clásica del derecho como arte y de su objeto como la misma cosa justa o la relación justa. Distingue, hasta el punto de casi separarlos, el *ius* como objeto de la justicia y del arte del derecho con respecto a la *lex* o regla que tiene por fin dirigir las conductas. Por eso le parece que el derecho no *prescribe* conductas, sino que *indica* objetos que se han de dar porque son lo debido a otro en una concreta relación jurídica” (Orrego, 2015, p. 48).

Otro representante es Georges Kalinowky (1916-2000), el que en sus obras:

Desarrolla la lógica de las normas o *deóntica* —él es uno de sus pioneros—, y afirma la continuidad más que la separación entre el campo de la moral y del derecho. Por eso, polemiza con Villey acerca del objeto en que el derecho

consiste —una acción debida y no una cosa— y sobre el uso normal y legítimo del modo imperativo en el arte del derecho” (Orrego, 2015, p. 49).

En Italia destacan la figura de Sergio Cotta (1920-2007), Victorio Possenti (1938-), Francesco A’Agostino (1945-) y Francisco Viola (1942-). En España, la figura de Javier Hervado (1934-), Alvaro D’Ors (1915-2004), Jesús Ballesteros (1943-), Andrés Ollero (1944-), Juan Vallet de Goytisolo (1917-2011), Miguel Ayuso (1961-), Francisco Carpintero (1948-) y Pedro Serna (1964-).

En el mundo anglo americano, destacan Ralph McInerny (1920-2010), Alasdair MacIntyre (1929-), Germain Grisez (1929-), Joseph Boyle (1942-) y John Finnis (1940-). En Alemania, destacan Joseph Pieper (1904-1997) y Robert Spaemann (1927-).

En América latina, los argentino Carlos Ignacio Massini Correas (1944-) y Rodolfo Vigo (1946-). En México, Jorge Adame (1948-) y Mauricio Beachot (1950-). En Chile, José Joaquín Ugarte (1945-) y Joaquín García-Huidobro (1959-).

### **3.2. El iusformalismo o positivismo jurídico**

Cuando nos referimos al *iusformalismo* o *positivismo jurídico*, se cree que, únicamente vamos a tratar de la *Teoría pura del Derecho* de Hans Kelsen o en el mejor de los casos, teniendo como centro o eje a dicho pensador, lo que no es así, pues “dentro del positivismo encontramos tantas escuelas, tantos movimientos, incluso profundamente encontrados entre sí, que mal se haría en considerar que hay una esencia suprasensible de lo que es el positivismo o, peor aún, de ser positivista” (Botero, 2015, p. 68).

Una de las tendencias es la *Escuela de la Exégesis*, de origen francés, pero que con el tiempo se extendió a latinoamérica, especialmente en la codificación de Brasil con Freitas, en Argentina con Vélez Sarfield y en Chile con Andrés Bello.

La *exégesis* fue el nombre dado a la doctrina de un grupo de juristas franceses, que, durante el siglo XIX, se dedicaron a la interpretación del Código Civil y defendieron el denominado legicentrismo y estatalismo.

¿Cuál es la importancia que tuvo la Escuela de la Exégesis y la técnica de la exégesis, en el desarrollo del *iuspositivismo*?. “Con el positivismo y la técnica jurídica de la Exégesis se comenzó a aplicar la ley como herramienta única en el sistema legal. Con ello se produjo un cambio paradigmático muy importante en la historia del derecho” (Andreu, 2016, p. 11).

Como anota Botero (2015), para la *Exégesis* la ley debía del ser la única fuente del derecho, por ello le llamó legicentrista en el plano jurídico, hipercentralidad de la ley-código dentro del derecho. Aunque dicha centralidad, no excluyó otras fuentes como la doctrinaria, fue en lo político estatalista y en lo socio-económico, burguesa (p. 68-71).

#### El *positivismo inglés*

Dos exponentes del positivismo inglés, fueron lo que tuvieron mayor relevancia, *Jeremy Bentham* (1748-1832) y *John Austin* (1790-1857).

Jeremy Bentham, influyó con sus trabajos no sólo de Inglaterra sino en otros lugares del mundo. Tuvo participación en la redacción de textos constitucionales de los Estados de Nueva York, Carolina del Sur y Luisiana. Gracias a sus ideas en Inglaterra se impulsó proyectos de codificación y la depuración de la legislación obsoleta (Tamayo y Salmorán, 1984, p. 553-570).

Bentham fue influenciado por el *Tratado de la Naturaleza Humana* de David Hume, lo que le permitió desarrollar la filosofía que sustentó sus ideas durante toda su existencia, el denominado *utilitarismo* o *el principio de la utilidad* que consiste en la “facilitación de la mayor dicha al mayor número de personas”, una buena parte de su vida, se dedicó a aplicar el principio de la *utilidad* a todos los problemas sociales y políticos.

Los aportes más significativos al positivismo, fue la consideración de la norma jurídica desde diferentes perspectivas: 1) con respecto su fuente o la persona o personas de cuya voluntad es expresión; 2) con respecto a los sujetos o las personas a quienes se les aplica; 3) con respecto a sus objetos o lo actos que señala; 4) con respecto a su extensión; 5) con respecto a sus aspectos o las diferentes maneras por las cuales la voluntad de la que es expresión se aplica a los actos que son su objeto; 6) con respecto a su fuerza; 7) con

respecto a su expresión; y, 8) con respecto a sus correctivos adicionales (Tamayo y Salmorán, 1984, p. 558).

Para *John Austin*, el Derecho se encuentra compuesto por mandatos del soberano y tiene por finalidad fijar un orden social. Es consciente de que cada orden jurídico es diferente, sin embargo, todos tienen elementos comunes, gracias al cual la ciencia jurídica puede tener una aproximación a cada uno de los ordenamientos jurídicos existentes.

*Austin*, en su propuesta plantea tres aspectos comunes del positivismo: 1) El derecho como sistema positivo, puede ser explicado racionalmente, como un diálogo de voluntades y no como un fruto histórico; 2) concibe el derecho a partir del concepto de suprema autoridad o soberanía, el derecho no tiene porqué identificarse con la moral, su validez se basa, en tanto sea el fruto del soberano, que puede imponer su voluntad soberana a una sociedad; 3) La ciencia del derecho se ocupa de la “voluntad racional” y de lo que “es” derecho, no hay un plano de igualdad entre la moral y el derecho, donde prevalece lo que “debe ser” derecho. Hay una distinción clara entre el ser y el deber ser del derecho (Botero, 2015, p. 108-112).

Según refiere Botero (2015):

Tanto Bentham como Austin pueden considerarse también como formalistas en la medida que defienden la norma, establecida en formas determinadas por la voluntad soberana, como derecho válido. Dicho con otras palabras, se enfrentan al formalismo conocido para proponer en su remplazo uno nuevo (p. 112).

*La Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen

*Hans Kelsen* (1881-1973), “establece una separación entre el derecho y la realidad efectiva, y postula que el derecho es el deber, y éste es siempre algo diferente de la realidad, de la existencia” (Pokrovski, 1966, p. 581), al tratar de hacer ver el derecho, desligado de la realidad, pretendía ocultar el verdadero carácter de este.

Según Bobbio (2007), los rasgos diferenciadores de la teoría pura, en relación a otras corrientes y que los distingue históricamente, se basa en tres aspectos: 1) como un modo de acercarse al estudio del derecho; 2) como una determinada teoría o concepción del derecho; 3) como una determinada ideología de la justicia (p. 44).

Desde el punto de vista metodológico o del modo de acercarse al estudio del derecho,

Planteó que el discurso científico del derecho, si quería ser tal, debía ser puro, esto es, partir del rechazo de cualquier ideología (moral, política, etc.) o cualquier elemento de interpretación extrajurídico (como la sociología, la teoría política, la economía, la teología, la historia, etc.) (Botero, 2015, p. 114).

Con respecto al segundo planteamiento como una determinada teoría o concepción del derecho o el positivismo teórico, afirmará “la norma adquiere su validez no en virtud de sistemas de referencia extrajurídicos (como la religión, la moral, la naturaleza, etc.) sino en virtud del ordenamiento mismo (lo que explica que esta teoría sea estructuralista o normativista)” (Botero, 2015, p. 115)

Sobre el positivismo jurídico como una determinada ideología, se considera el derecho positivo, por el solo hecho de serlo, como justo, “el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez” (Bobbio, 2007, p. 52). Por otra parte:

El derecho, como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal” (Bobbio, 2007, p. 52).

El *positivismo analítico* de Hart.

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), es uno de los más notables representantes de lo que se denomina la jurisprudencia analítica o el positivismo analítico,

escuela donde el análisis del lenguaje resulta un elemento fundamental, para la comprensión del derecho.

Debemos señalar, que la concepción analítica de la filosofía se caracteriza: 1) por la primacía otorgada al estudio del lenguaje como “lugar” filosófico; 2) por el uso de métodos de carácter analítico-descompositivo en el estudio de ese lenguaje; 3) por su concentración en las problemáticas lógicas, metaéticas y de la acción humana, con la consiguiente preterición del resto de los temas de la filosofía práctica en especial de los ético-normativos.

El positivismo analítico, siguiendo las características de la filosofía analítica, pregona: 1) la distinción tajante entre el derecho y la moral; 2) la reducción del conocimiento y, en especial, de la ciencia jurídica, al análisis del lenguaje jurídico-positivo; y 3) El empirismo noético y semántico, con sus consecuencias de radical escepticismo moral.

En su célebre obra *El concepto del derecho*, Hart “parte de la reconstrucción de una teoría donde explica el derecho como un conjunto de ordenes generales respaldadas por amenazas emitidas por un soberano, cuyas características más apremiantes son –la independencia y supremacía - y generalmente la obediencia debida” (Martínez, p. 140).

Hart (1998), hace una distinción entre reglas primarias y reglas secundarias. Las normas primarias imponen obligaciones y las normas secundarias confieren potestades. Por otra parte, considera que las normas primarias se dan sobre conductas y las secundarias sobre otro tipo de reglas. Las normas secundarias las clasificó en: 1) reglas de reconocimiento, las mismas que especifican que condiciones debe cumplir unos actos para cambiar el ordenamiento jurídico; 2) reglas de cambio, indican las condiciones que deben cumplir unos actos para cambiar el ordenamiento jurídico; 3) especifican las condiciones que deben cumplir unas decisiones para ser consideradas verdades jurídicas sobre si infringieron las normas primarias.

Para finalizar este apartado, Botero (2015), nos presenta sus apuntes, sobre los criterios comunes del positivismo jurídico: 1) el rechazo por algunos, o la no

consideración, por otros, de las teorías metafísicas dentro del discurso científico del derecho; 2) la opinión generalizada de que el derecho válido no está relacionado con el derecho justo; 3) la consideración de que el Estado como la única fuente del derecho válido; 4) la aceptación de monismo, es decir, sólo un derecho válido; y 5) la palabra escrita, como la forma propia del derecho (p. 68-73).

### **3.3. El iusrealismo**

Algunos autores consideran al *iusrealismo* como una escuela más del positivismo jurídico, pero se equivocan. El *iusrealismo* tiene características peculiares, que lo diferencian del positivismo y en general de las otras corrientes *iusfilosóficas*. Es una de las corrientes que ha tenido en el ámbito jurídico, una gran relevancia, por sus planteamientos teóricos y que a la postre ha influido en la aparición de nuevas perspectivas.

La diferencia fundamental entre el *iusrealismo* y el *positivismo jurídico*, estriba en que el objeto de estudio del derecho no son las normas, sino los hechos, algo que no es concebible para un positivista. “Para los iusrealistas, el derecho no consiste exclusivamente en normas. El derecho no se identifica con un deber ser sino con un ser; este ser puede identificarse con la norma pero también con el hecho”.(Flores, 2015, p. 1019)

El *iusrealismo* se ha desarrollado en dos espacios geográficos bien marcados, en Norteamérica y Escandinavia, de allí que se conoce con la denominación de realismo jurídico norteamericano y el realismo jurídico escandinavo, dos propuestas que tienen grandes semejanzas, pero también diferencias.

#### **3.3.1. Realismo jurídico norteamericano**

Impulsaron el realismo jurídico norteamericano, jueces como Holmes (1841-1935), Cardozo (1870-1938), Frank (1889-1957), lo que se consolidó con el trabajo de los profesores universitarios Pound (1870-1974) y Llewellyn (1893-1962).

El realismo jurídico norteamericano, considera al juez como el agente más relevante en el mundo fenomenológico del derecho, debiendo partir cualquier discurso jurídico del análisis de la función judicial, no en su deber ser, sino en su realidad. En el modelo del

*Common Law*, el juez es el corazón, el núcleo del sistema. La principal fuente del derecho es la costumbre judicial.

De acuerdo a la caracterización que se hace sobre el realismo jurídico norteamericano:

Esta escuela se funda sobre las enseñanzas de la jurisprudencia del derecho libre (por su enfoque en la actividad judicial), en las del utilitarismo (al concebir el derecho como un instrumento para el cumplimiento de ciertos fines sociales) y en las del positivismo científico (por su afán de ser una ciencia empírica” (Botero, 2015, p. 141-142).

Sin embargo, debemos tener en cuenta, lo siguiente:

La faceta más característica del realismo norteamericano consiste en que sus representantes tratan de minimizar el elemento normativo y prescriptivo del derecho y maximizan el elemento empírico y descriptivo del mismo. Así el derecho se convierte en un conjunto de hechos, en lugar de normas” (Flores, 2015, p. 1023).

### **3.3.2. Realismo jurídico escandinavo**

El Húngaro-Norteamericano, Barna Horvath, filósofo y sociólogo del derecho, ha clasificado a los iusfilosofos escandinavos en cuatro grupos: 1) La escuela Uppsala: Hägerström; Lundstedt y Olivecrona; 2) La escuela de Copenhague: Alf Ross y Jorgen Jorgensen; 3) La escuela de Oslo: Nacss y Ofstad; y, 4) Los pensadores finlandeses: Kaila,

En general para esta escuela “la naturaleza del derecho se identifica con un conjunto de hechos en lugar de un conjunto de normas o comandos: El derecho no es otra cosa que los hechos sociales” (Flores, 2015, p. 1024).

Para Hägerström, quién se enfrentó radicalmente contra la metafísica, el iusnaturalismo y los normativistas, los valores morales no son verdaderos ni falsos. El derecho natural es una superstición, una herencia metafísica, cuyo resultado es el absolutismo teológico. En relación al normativismo, señala que no existe una “voluntad del

Estado”, que se expresa en normas, sino juegos de poder, valoraciones personales y toma de posición de individuos y fuerzas sociales concretos. El realismo al sostener el origen empírico, psicológico y social del derecho, desmontó el fanatismo teológico como político (Botero, 2015, p. 147).

Olivecrona, niega el normativismo y el iusnaturalismo. Define el derecho como una fuerza, pero organizada burocráticamente y por reglas jurídicas que son habitualmente respetadas por la población, logrando así la convivencia y el bienestar social.

Por su parte Ross, considera el derecho como un instrumento de poder, asegurando que la mayoría de las personas obedece al derecho como hábito y sin necesidad de recurrir a la fuerza coercitiva del Estado, siendo la amenaza de coerción un factor psicológico importante que asegure dicho cumplimiento.

Para los *iusrealistas*:

El derecho se distingue de los valores justos o naturales de los iusnaturalistas – teológicos y laicos o racionales- y se diferencia de las normas formales o vigentes de los iusformalistas en que se fundamenta en hechos sociales que eficazmente son aplicados u observados por la sociedad. Por tanto, para los iusrealistas el derecho es un hecho eficaz o real” (Flores, 2015, p. 1026).

### **3.4. La teoría tridimensional del derecho**

En relación a la teoría tridimensional del derecho, hay dos figuras que destacan, ambos latinoamericanos, uno de ellos ya fallecido, el brasileño Miguel Reale (1910-2006) y el otro se mantiene aún con vida y produciendo, el peruano Carlos Fernández Sessarego, que nació en 1926.

#### **3.4.1. La teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale**

El brasileño Miguel Reale, fue profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sao Paulo, donde fue rector hasta en dos oportunidades, fundó el Instituto Brasileño de Filosofía en 1949 y de la Sociedad Interamericana de Filosofía en 1954. Tiene una vasta

producción bibliográfica y se le considera, con Carlos Fernández Sessarego, como los fundadores de la Teoría Tridimensional del Derecho.

En el año 1940, su preocupación por el origen y la fundamentación del derecho, le lleva a presentar su Tesis Doctoral, bajo el título *Fundamentos Do Direito*, obra en el que dedica a hacer, un análisis pormenorizado de las teorías iusfilosóficas más relevantes hasta ese entonces, dedicando el último capítulo, cuyo título es “hecho, valor y norma”, a la reflexión de las teorías expuestas, del mismo modo a trazar las posibles correlaciones existentes entre los tres elementos mencionados. En su siguiente obra *Teoría do Direito e do Estado*, que data también de 1940, sostiene que el “Derecho es una integración normativa de hechos según valores”, es lo que se conoce como la fórmula realeana.

Reale, señala en una de sus intervenciones<sup>1</sup>, que la Teoría Tridimensional del Derecho, se volvió madura en 1953, gracias a la dialectización de los tres factores o elementos: hecho, valor y norma.

Al analizar los enunciados direccionales, hecho-valor-norma, en este caso se pretende alcanzar la norma, para interpretarla y aplicarla, para ello se tiene a la Dogmática Jurídica o la Jurisprudencia, dogma viene a significar el derecho puesto, el derecho establecido. Cuando se va de la norma-valor-hecho, tiene como objetivo el hecho jurídico, lo que le interesa para los estudios sociológicos. Pero cuando se va de la norma-hecho-valor, el valor de lo justo, que es interés propio del Filósofo del Derecho (Reale, 1997, p. 122).

Los tres factores o elementos, “*hecho, valor y norma*” están siempre presentes y correlacionados en cualquier expresión de la vida jurídica, ya sea estudiada por el filósofo, el sociólogo del derecho, o por el jurista como tal” (Reale, 1997, p.72). Sobre la correlación de los tres elementos, Reale (1997), sostiene:

Naturaleza funcional y dialéctica, dada la implicación-polaridad existente entre *hecho y valor* de cuya tensión resulta el momento *normativo*”. Así las cosas,

---

<sup>1</sup> Exposición dada por Miguel Reale, con ocasión de su homenaje en la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Río de Janeiro, el 25 de marzo de 1992.

éste se muestra como solución superadora e integradora en los límites circunstanciales de lugar y tiempo (*concreción histórica del proceso jurídico en una dialéctica de complementariedad*)”(p. 72).

### **3.4.2. La teoría tridimensional del derecho de Carlos Fernández Sessarego**

Carlos Fernández Sessarego, fue profesor de derecho en la Universidad de San Marcos y otras Universidades del Perú. No sólo es jurista y maestro de generaciones de abogados, sino Filósofo del Derecho. En su tesis de bachillerato *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*, presentada en 1950 ante la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, expone los fundamentos de la *Teoría tridimensional del derecho*, en esa misma época Miguel Reale, formulaba las bases teóricas de esta corriente de pensamiento.

La preocupación de Carlos Fernández Sessarego, para aterrizar en la teoría tridimensional, fue como él mismo cuenta, la interrogante por saber, sobre el objeto y la finalidad del derecho, en sus tiempos de estudiante. Las respuestas que recibía de sus profesores eran las mismas, las que no le satisfacían. Sobre el objeto del derecho, la respuesta era invariablemente la misma: la norma y sobre la finalidad del derecho, era la justicia.

Fueron sus lecturas de filósofos como Heidegger, Zubiri, Husserl, Sartre, Kierkegaard, entre otros, que le permitió tener una nueva concepción del hombre, como un ser libre y estructuralmente coexistente y temporal, lo que le permitió hallar la respuesta a sus inquietudes iniciales.

El derecho no podía ser norma, como pregonaban los formalistas con Kelsen a la cabeza, tampoco podían ser valores como sostenían los iusnaturalistas, de igual modo no podía ser sólo la vida humana social, como pregonaba la versión sociológica. “Si bien ninguno de estos tres elementos es, por sí sólo, el objeto de conocimiento y estudio del Derecho, ninguno de ellos puede estar ausente cuando nos referimos a lo jurídico (Fernández, 2011, p. 290).

Sobre la finalidad del derecho, para Fernández Sessarego el Derecho ha sido creado por el ser humano para proteger, precisamente, lo que para él es lo más valioso, es decir, su ser libertad, sustento y posibilitador de su vida. El hombre es un ser libre y esto es lo que lo diferencia de los animales, como tal es “creador, protagonista y destinatario del derecho (Fernández, 2017).

Si bien existen grandes coincidencias con la teoría esbozada por Miguel Reale, sin embargo, hay algunas diferencias, que es necesario señalar: para Carlos Fernández Sessarego, la articulación entre vida humana social, normas y valores, está constituida por la aplicación de la teoría de la significación de Edmun Husserl; para Miguel Reale la articulación entre los tres elementos (hechos, valores y normas) es dialéctica; sobre su raíz y punto de partida y de apoyo, para Carlos Fernández Sessarego, es en la Filosofía, para Miguel Reale en la iusfilosofía; la teoría de Carlos Fernández Sessarego, privilegia la vida humana y la conducta humana intersubjetiva, Miguel Reale, privilegia la norma como el elemento más importante de la trilogía.

#### **4. Derecho objetivo**

Para el maestro universitario Torres Vásquez, “las normas jurídicas de Derecho escrito o consuetudinario que conforman el ordenamiento jurídico constituyen el Derecho objetivo” (Torres, 2001, p. 338). El Derecho objetivo, viene a ser el conjunto de normas legales vigentes en un país o Estado.

Rivera (2004) identifica el derecho positivo con el derecho objetivo, y señala que este último es el “conjunto de normas emanadas de autoridad competente que tienen vigencia en un Estado en un momento determinado” (p. 305).

Pacheco (1990) considera que “derecho, en sentido objetivo, es el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta de los hombres con el objeto de establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana” (p. 127).

Sobre la definición de derecho objetivo por parte de diversos autores, no existe mayor controversia y conocen como tal, al conjunto de normas dictadas mediante el procedimiento establecido y que se encuentran vigentes en un lugar y tiempo.

## 5. Derecho subjetivo

### 5.1. Definición de derecho subjetivo

Según la definición de Guevara (2004) derecho subjetivo “se refiere a la *facultad* o *poder* de una persona para tener algo, para ejercer una atribución o función o para reclamar por algo” (p. 23).

Aníbal Torres (2001), entiende por derecho subjetivo, “a la facultad, poder, autorización o situación que la norma jurídica confiere y garantiza a las personas para obrar o abstenerse de obrar sobre los bienes o ante las demás personas a fin de que puedan satisfacer sus intereses en armonía con el bien común” (p. 335).

El maestro argentino Jorge Joaquín Llambías (1995), en su *Tratado de Derecho Civil*, refiere que derecho subjetivo es la “prerrogativa de la persona para exigir de los demás un determinado comportamiento” (p. 23).

Por su parte el chileno Pacheco (1990) nos dice que “el derecho subjetivo es la facultad que tiene un sujeto para ejecutar determinada conducta o abstenerse de ella o para exigir de otro sujeto el cumplimiento de su deber” (p. 128).

### 5.2. Teorías sobre la naturaleza del derecho subjetivo

*Teoría de la voluntad*, fue formulado por Savigny (1779-1861) y Bernardo Windscheid (1817-1892), quienes consideran que el derecho subjetivo es un poder atribuido por el ordenamiento jurídico a una voluntad. De lo enunciado, se podría extraer dos significados: “por un lado representa el tener derecho a un cierto comportamiento, acto u omisión por parte de todas las personas o de una persona determinada frente al titular” (Rivera, 2004, p. 305). Y por otro lado, “la voluntad juega el rol de ser decisiva para la creación de ciertos derechos o para su supresión o modificación” (Rivera, 2004, p.305).

*Teoría del interés*, concebido por Ihering (1818-1982), quién al criticar la teoría de la voluntad ha “desarrollado la idea de que el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido” (Rivera, p.306). La teoría del interés tiene dos elementos: la *esencia del derecho*, que es considerado como elemento sustancial y consiste en el fin práctico del

derecho, que produce una utilidad; y por otro lado el *elemento externo*, que es el elemento formal, es decir, la protección jurídica del derecho.

*Teoría ecléctica o mixta*, defendida por Jorge Jellinek (1851-1911) entre otros autores. Esta teoría aprovecha los rasgos de ambos elementos. “La estructura del derecho subjetivo no se compone exclusivamente de un interés que la ley protege ni tampoco exclusivamente de un acto de voluntad. Ambos, voluntad e interés son elementos estructurales del derecho subjetivo” (Pacheco, 1990, p. 138).

## CAPÍTULO II

### LOCALIZACIÓN ONTOLÓGICA DEL DERECHO

#### 1. Consideraciones preliminares.

En su obra *Introducción al Estudio del Derecho*, Recaséns (1993), se interrogaba: “¿Dónde en el universo, encontraremos eso que se llama Derecho?”. Para tener una idea clara sobre su localización, aunque parezca obvio este último aspecto, pero debido a que en los últimos tiempos y en diversas latitudes, se viene atribuyendo derechos a objetos, por lo que cobra actualidad lo referido a la localización del derecho o lo que han denominado algunos iusfilósofos como la *localización ontológica del derecho* (p. 3).

Del estudio efectuado sobre el derecho y la consideración que tienen las corrientes unidimensionales, al proponer desde su enfoque, el derecho como valor, como norma o como hecho, y en caso de la corriente tridimensional como hecho, valor y norma, nos estamos refiriendo siempre, al derecho como un fenómeno social, por lo tanto, la ubicación del derecho, no debería entrañar mayores problemas.

Por otra parte, la utilización de los términos “óntico” y “ontológico”, ha traído confusión al momento de abordar lo relacionado a la ubicación del derecho, por el lenguaje alambicado utilizado y por el criterio arbitrario en clasificar el universo, en fragmentaciones que el día de hoy, no convencen por completo.

Otro de los problemas que surgen, son las diferencias existentes entre ontología y la gnoseología o teoría del conocimiento, el primero es la ciencia del ser, de la sustancia, y el segundo es la ciencia del conocimiento, lo que nos importaría en el estudio del derecho,

por cuanto de lo que se trata es desentrañar su naturaleza y las principales características, del objeto del conocimiento que es el derecho.

## **2. La ontología y la gnoseología o teoría del conocimiento.**

El origen etimológico de la palabra *ontología* proviene del griego *ontos*, que significa ser o ente y *logos*, estudio, discurso, ciencia o teoría. De lo que devendría el estudio o la ciencia del ser.

La ontología, en la concepción Heideggeriana (ontología fundamental), sirve para señalar las teorías del ser, de la existencia, concebidas con ayuda de la intuición suprasensorial y supraracional, opone la teoría de la existencia a la del conocimiento. Abre la posibilidad de construir concepciones sobre las formas del pensar, fuera e independientemente de la existencia, de la realidad (Heidegger, 1997).

La gnoseología, tiene su origen etimológico, en la palabra griega *gnosis*, que significa conocimiento y *logos*, palabra, discurso. La gnoseología o teoría del conocimiento es la facultad que tiene el ser humano, para conocer la realidad, acerca de las fuentes, de las formas y de los métodos del conocimiento, acerca de la verdad y de los caminos para llegar a conocerla.

Para la gnoseología las cosas se plantean con claridad y sencillez. La dualidad sujeto y objeto, son parte de “la relación cognoscitiva, el sujeto es un ser humano que realiza la función de conocer y el objeto es un objeto/cosa (en el sentido explicado) que, por así decirlo, está "sometido" a la relación cognoscitiva”(Rábade, 2010, p. 38).

La esencia del conocimiento como se ha anotado pertenece al dualismo, sujeto y objeto, existiendo diferencias sustanciales entre estos dos entes, siendo que la función del sujeto consiste en aprehender el objeto y la del objeto en ser aprehendido por el sujeto. El conocimiento consiste en forjar una “imagen” del objeto. La misión de la teoría del conocimiento no sólo es la descripción del fenómeno objeto de estudio, sino su interpretación y explicación filosófica.

### 3. La distinción entre los términos “óntico” y “ontológico”.

Ha sido Martín Heidegger desde su óptica o perspectiva, quién hace la distinción entre *óntico* y *ontológico* y desarrolla estos conceptos en su libro *Ser y Tiempo* (Heidegger, 1997), Capítulo Primero y Segundo.

El sentido de estos términos, nos hace entender Cossio. Nos dice en relación a óntico, que es un “adjetivo de ente, toma su significado de la existencia en sí de las cosas; esta existencia es un dato independiente de lo que el hombre puede saber acerca de ella; nuestro pensamiento ni la hace ni la deshace” (Cossio, 1980, p. 197).

Lo óntico entonces puede ser cualquier objeto, que existe independientemente de la existencia del ser humano, externo a él, independiente de él, pudiendo incluso tratarse de otros hombres. Es lo que es. Son objetos ónticos: la tierra, el sol, la estrellas, los continentes, los mares, los ríos, un caballo, una serpiente, etc.

A diferencia de lo óntico, lo ontológico, se refiere al “adjetivo del ser, corresponde a la interpretación que el hombre da cuando se pone en la tarea de descubrir la esencia de las cosas. En tal sentido, claro está, no aparece el ser de las cosas sino frente a un espíritu que las contempla también como ser, siendo ese espíritu quién lo declara” (Cossio, 1980, p. 197).

Lo ontológico, se relaciona con el conocimiento, debido a que es la interpretación que el sujeto cognoscente tiene, sobre el objeto materia de estudio o análisis. Es el juicio que se forma de los objetos que el hombre estudia. Lo ontológico en términos generales, tiene una estrecha relación con la gnoseología o la teoría del conocimiento.

Esta idea es reforzada, con el criterio siguiente:

Cada ente dice de su existencia con sólo dejarse ver, pues con sólo mostrarse... pero ningún ente –salvo el hombre- dice por sí mismo en qué consiste él. Esta es una tarea que el hombre cumple para todos los entes; las cosas existen de por sí, pero ellas mismas no nos dicen lo que ellas son. Esto lo dice el hombre en distintivo papel ontológico” (Cossio, 1980, p. 198).

#### 4. El universo y sus fragmentaciones

##### 4.1. La tesis de Luis Recaséns Siches

Recaséns Siches, trata el tema, sobre la región del universo al que pertenece el derecho, en tres de sus libros: el *Tratado General de Filosofía del Derecho; Vida Humana, Sociedad y Derecho*; finalmente en *Introducción al Derecho*. Pero podemos advertir que por lo menos en dos de los tres libros, el mencionado capítulo no es más que la transcripción del trabajo original.

Inicia su exposición sobre el universo, con una relación somera de todo cuanto hay en él, pero sin mayor orden, sin jerarquizar, ni diferenciar un elemento del otro, los cita en forma indiscriminada, siendo consciente de la complejidad del universo, donde:

“no sólo hemos divisado algunas de las categorías tradicionales referidas al ser real, sino que advertimos que, además de las cosas físicas, hay otros muchos tipos de seres (hechos íntimos, entidades ideales, productos humanos, etc.); y advertimos también que como base y vínculo articulador de todo ello figura mi vida, compuesta por la inescindible coexistencia o correlación entre *mí mismo* (mi yo) y el mundo” (Recaséns, 2008, p. 49).

La exploración del universo, hace Recasén Siches, con la finalidad de hallar las “zonas”, “regiones” o “fragmentaciones”, donde habita el derecho. E inicia señalando cada “región”, con sus características o peculiaridades, hasta llegar a la región donde supuestamente habita o se encuentra el derecho.

El recorrido inicia con la región al que denomina de la “*naturaleza física*” o naturaleza física inorgánica, que según menciona “está constituido por las series de fenómenos concatenados por nexos fatales de causalidad, ciegos e indiferentes a todo punto de vista de valor o desvalor” (Recaséns, 2008, p. 46). Esta región estaría regida por leyes físicas, que son leyes de causalidad.

En su recorrido por esta región, entra al de las “realidades orgánicas corpóreas” donde igualmente “no encontramos nada que nos evoque el Derecho ni presente huella de

lo jurídico. No es *posible* intentar aquí una ontología de los entes biológicos -ni siquiera en somero esbozo”, más adelante agrega que “los componentes de los organismos biológicos no son capaces de pensar en ningún fin, ni de elegir por su propia cuenta medios adecuados para la consecución de éste” (Recaséns, 2008, p. 55).

Luego del recorrido por esta región, llega a la conclusión de que “el Derecho es totalmente ajeno al mundo de la naturaleza. En éste, en la naturaleza, sus elementos se nos presentan siempre vinculados por nexos causales, por enlaces forzosos. Tales nexos o enlaces reciben el nombre de leyes naturales (físicas, químicas, biológicas, etc.), las cuales expresan cómo, de modo forzoso, se comportan *efectivamente* los fenómenos. Por el contrario, el Derecho se nos ofrece como un conjunto de *normas*”(Recaséns,2008, p. 55).

Enseguida entra a la región que él denomina “*naturaleza psíquica*” y sostiene que la psicología por su objeto de estudio, los mecanismos mentales (intelectivos, emocionales, impulsivos y volitivos), estos hechos, “a diferencia de los fenómenos de la naturaleza, tienen sentido y son expresivos... sin embargo, tienen de común con los objetos de las ciencias naturales al contribuir realidades sometidas a las leyes de la casualidad”(Recaséns, 2008, p.56).

Tampoco en esta zona o región se ubica el derecho, ya que según Recaséns Siches, el derecho no es un mecanismo psíquico, ni proceso psíquico, pese a que participa de este mecanismo, pero no por ello se le puede confundir como parte o integrante de lo psíquico o psicológico.

Otra de las zonas o regiones que explora Recaséns Siches, es de los “*seres ideales*”. Según su criterio:

Al ser ideal se le llama también irreal: se trata de algo que *es*, pero que *es* de una manera diferente a como *es* el Ser real. Mientras que lo real es aquello que se da encuadrado en el espacio y en el tiempo -materia-, o bien en el tiempo -psiquismo-, lo ideal no ocupa lugar ni se produce en la serie cronológica, pero mi mente tropieza con ello como con un ser objetivo (Recaséns, 2008, p. 57).

El ser ideal no se debe confundir con el mundo psíquico, para ello expone el siguiente argumento:

El acto psíquico mediante el cual pienso un número, un principio lógico o cualquier otra idea, es un hecho real de mi psiquismo, que se extiende a lo largo de un tiempo concreto. En cambio, la idea pensada tiene una consistencia propia e independiente del acto de pensarla (Recaséns, 2008, p. 57).

El derecho queda descartado, de pertenecer a esta fragmentación, ya que evidentemente no es un ser ideal.

La última región al que ingresa Recaséns Siches, es el de *los valores*, que según sostiene están ubicados entre los seres ideales. Al respecto dirá: “Los valores son peculiares objetos ideales, que ciertamente tienen una validez análoga a la que corresponde a otras ideas (Recaséns, 1939, p. 14).

En relación a este mundo de los valores, si bien el derecho tiene algo que ver o tiene una conexión,

No es pura y simplemente un valor, sino que es un conjunto de cosas que ocurren en el seno de la vida humana y en el área de la historia, y que tiene, por consiguiente, una serie de ingredientes que no pueden ser domiciliados en el reino de los objetos ideales, al cual pertenecen los valores” (Recaséns, 1939, 22).

Por último, nos conduce a la región que él denomina *la vida humana objetivada*, donde:

Muchos actos de la vida humana, después de realizados dejan tras sí, un rastro... un algo entre nosotros, como un conjunto de pensamientos cristalizados... se presenta como un complejo de pensamientos objetivados, fosilizados, cosificados...ahora aparece como un pensamiento convertido en

cosa, como un producto objetivado a la disposición de todos (Recaséns, 1939, p. 33).

Donde las obras humanas han tenido una intencionalidad, un objetivo, un fin, pero han quedado ahí, cobrando una nueva vida.

Hace una diferenciación entre la vida humana ordinaria, cotidiana y el producto dejado por su existencia diaria.

Además de la vida humana auténtica, que es lo que se vive por el sujeto individual, encontramos otra región del universo, que tiene también estructura humana, a saber, las obras que el hombre ha realizado, esto es, las cosas cuyo ser peculiar estriba en que constituyen vida humana objetivada (Recaséns, 1939, p. 34).

Llegando a explorar esta zona Recaséns Siches, nos dirá: “Hemos visto que el Derecho no es ni naturaleza corpórea, ni psiquismo; que tampoco es pura idea de valor... hemos descubierto claramente que el Derecho pertenece a esa peculiar realidad” (Recaséns, p. 38), que él denomina “vida humana objetivada”, que no es otra cosa que los objetos culturales o históricos, que son el producto de una sociedad determinada.

La razón por la que considera al Derecho, como “vida humana objetivada”, es porque está constituido por ideas o significaciones, que no son otra cosa que las reglas para la conducta humana. Significaciones que una vez que fueron construidas o producidas, por los hombres (legisladores), se han objetivado en preceptos legales, adquiriendo consistencia y autonomía, independientemente de quienes los han creado.

Entonces el derecho para Recaséns Siches, es un producto eminentemente humano, para regular, la conducta intersubjetiva de los seres humanos, organizados en una sociedad, por ello la localización del derecho, no trasciende al ser humano, es un producto cultural. Sin seres humanos no existe el derecho.

## **CAPÍTULO III**

### **SUJETO DE DERECHO**

#### **1. Noción jurídica de sujeto de derecho**

Mario Alzamora Valdez, desde su humanismo cristiano, en su obra *Introducción a la Ciencia del Derecho*, sostiene:

El sujeto de derecho es el centro de imputación normativa, entendida como el enlace de todos los actos que constituyen un sector del ordenamiento jurídico. Por eso debe considerarse que es persona no un ente, sometido a la causalidad natural, sino el resultado de esa imputación normativa establecida por el derecho (Alzamora, 1987, 131).

Sujeto de derecho para Alzamora Valdéz, es la persona considerada desde el punto de vista jurídico, según su tesis, existe una triple significación de persona. De acuerdo a la significación “físio antropológico” es el hombre; de acuerdo a la significación “teológico-filosófico” es el ente racional y de acuerdo a la “acepción jurídica”, es el ente que tiene función jurídica, cualidades de derecho, capacidad.

El profesor universitario Guevara Pezo, señala que se “llama sujeto de derecho a todo ente capaz de tener derechos o contraer obligaciones; todo “centro de imputación de deberes y de derechos”, agregando que, “solo el ser humano es capaz de actuar como centro de imputación de deberes y de derechos” (Guevara, 2004, p. 77).

Torres (2001), sobre el sujeto de derecho, sostiene que “es el ser humano que es tal desde su concepción hasta su muerte, considerado individual (persona natural o física) o colectivamente (persona jurídica)”(p. 379). Ahora bien, las personas jurídicas al estar compuesto por seres humanos, no tienen otra existencia que de las personas naturales o individuales.

El maestro Fernández (2009), define como Sujeto de Derecho:

Ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. En la experiencia jurídica –en la dimensión existencial- este ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano, antes de nacer o después de haberse producido este evento, ya sea que se le considere individualmente o como organización de personas” (p. 2-3).

Espinoza (2012) sigue la misma línea que sus antecesores sobre el concepto de Sujeto de Derecho y señala que “sujeto de derecho es un centro de imputación de derechos y deberes, adscribible, siempre y en última instancia a la vida humana” (p.1).

En el derecho peruano, se considera como sujeto de derecho al ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. Este ente, de acuerdo a esta posición, única y exclusivamente es la persona humana, considerada individual o colectivamente.

Al respecto Espinoza (2012), exponiendo varios casos llevados al Tribunal, tanto en el Perú como en el extranjero, concluye que, “la categoría de sujeto de derecho, concretamente la de persona, corresponde al ser humano: un animal (por más genes humanos y teoría mental que posea) no es consciente ni de su libertad, ni de su responsabilidad” (p. 8) se trata de un bien digno de cuidado y tutela, pero no es posible atribuirle derechos y deberes.

Para Fernández Sessarego, desde la posición personalista y tridimensional del derecho:

El concepto de sujeto de derecho tiene siempre como correlato en la realidad al ser humano, a todos los seres humanos sin excepción. Sólo el ser humano, en cualquiera de sus cuatro “maneras de ser”, es sujeto de derecho. Es decir, individual o colectivamente considerado. Ningún otro ente de la naturaleza es sujeto de derecho” (Fernández, 2002, p. 21).

Sustenta su posición Fernández (2002), en el hecho siguiente:

Sujeto de derecho que no es otro que el ser humano, individual o colectivamente considerado. Ser humano cuya naturaleza es ser una unidad psicosomática sustentada en su libertad. Ninguna política legislativa debería contrariar esta realidad ya que ello tendría como consecuencia el desnaturalizar el sentido del derecho para la vida humana. Es decir, del derecho creado, como exigencia existencial, por seres humanos libres y coexistentiales, que requieren de normas jurídicas, valiosamente concebidas, que le permitan realizar su personal proyecto de vida dentro del bien común (p. 23).

## **2. Evolución de sujeto de derecho**

El centro de imputación de deberes y derechos a lo largo de nuestra historia, tiene una relación directa, con el reconocimiento que se hacía en cada sociedad, a determinadas personas, como titulares de derechos y obligaciones, y había otro grupo, generalmente más numeroso, a quienes simplemente no se les reconocía tal titularidad.

En las sociedades esclavistas, un grupo numeroso, mayoritario, pero dominado por los propietarios o los amos, eran la que sostenían la economía, ellos eran los esclavos, quienes se dedicaban a la producción de la riqueza de este tipo de sociedades. En Egipto, Grecia y Roma, los esclavos, eran los prisioneros de guerra o los que habían sido comprados con este propósito. Si bien estas sociedades, estaba compuesto por otros grupos sociales, pero eran los amos y los esclavos los que estaban ubicados en los extremos y eran las fuerzas irreconciliables de este tipo de sociedad.

Como puntualizan Garnsey y Sallaer (1991), “el derecho romano clasificaba a los esclavos como bienes muebles y no como personas, como ‘instrumento parlante’

(*instrumentum vocale*) que sus amos podían comprar, vender o castigar a voluntad” (p. 139). El esclavo, como se concebía en Roma y en general en las sociedades esclavistas, no era sujeto de derecho, tenía la misma condición que una cosa (*res*). Como anota Petit (2007), el esclavo está sometido a la autoridad de un dueño, *dominus*, la potestad del dueño sobre el esclavo, es absoluta y se ejercía sobre la persona como de sus bienes. Teniendo poder de vida y de muerte sobre el esclavo (p. 78).

En Roma, a las personas libres se les reconocía derechos y deberes, es decir, se les consideraba sujeto de derecho, pese a que existían diferencias muy importantes en la condición de las personas libres. Las personas libres se dividían en ciudadanos y no ciudadanos, en ingenuos y libertinos.

En la Edad Media, además de la persona humana, se le atribuyó derechos y obligaciones, al que se le denominó como *corpus mysticum*, con el que se designaba a la subjetividad jurídica colectiva y que con el correr del tiempo se le denominaría la persona moral, jurídica o ideal.

Posteriormente, en la edad moderna, con la aparición de los grandes códigos civiles, se sistematizó el tratamiento de sujeto de derecho, llegándose a categorizarlo en el siglo pasado. Durante el proceso evolutivo, el centro de imputación de deberes y derechos, no ha dejado de ser la persona humana, como se encuentra positivizado, salvo la excepción hecha, a inicios del presente siglo, en que se considera como tal también a la naturaleza.

El Código Civil Francés, promulgado el 21 de marzo de 1804, llegó a influenciar en casi todos los códigos sudamericanos. Este código usa un lenguaje claro y preciso, además de fórmulas amplias que permiten un ulterior desarrollo por la jurisprudencia, pese a su exagerado individualismo. Se limitó a regular como sujeto de derecho sólo a la persona natural.

El Código Civil Alemán, promulgado el 18 de agosto de 1896 y vigente desde el 01 de Enero de 1900, se ha reputado como el más completo de mundo. Una obra maestra por lo acabado de su sistema y la perfección científica de su técnica, sin embargo, usa un lenguaje inaccesible a los profanos. Este Código trata de la persona natural y la persona

jurídica como sujeto de derecho, dedicando todo el título segundo de la sección primera de la parte general, a la persona jurídica.

El Código Civil alemán, sobre el tratamiento de la persona jurídica se inspiró en Savigni (1879), quién señaló:

He tratado de la capacidad jurídica por lo que toca al individuo y ahora la voy a considerar en relación con otros seres *ficticios*, a los cuales se les llama personas jurídicas, es decir, personas que no existen sino para fines jurídicos, que nos aparecen al lado del individuo como sujetos de las relaciones de derecho (p. 60).

El Código Civil Francés y el Código Civil Alemán, han sido los códigos que más han influenciado en el resto de los códigos del mundo. Ambos formados desde dos vertientes diferentes: el Código Civil Francés, siguiendo el *ius naturalismo racionalista* y el Código Civil Alemán, influenciado por la *pandectística* y la *Escuela Histórica del Derecho*.

### 3. Categorías de sujeto de derecho

Se entiende por categoría, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “cada una de las clases o divisiones establecidas al clasificar algo”. Cuando nos referimos a sujeto de derecho, tratamos de su clasificación, de acuerdo a la doctrina o legislación.

Según la posición de Fernández Sessarego, quién en sus investigaciones, hace mención a las cuatro categorías de sujeto de derecho “el concebido, la persona natural, la persona jurídica y la organización de personas que, actuando como personas jurídicas, no tiene esta calidad formal al no haberse inscrito de acuerdo a ley” (Fernández, 2009, p. XXXVIII). Sin embargo, al respecto hay posiciones discordantes, que considerando la clasificación propuesta por este autor y siguiendo la misma línea, adicionan, otros entes como sujeto de derechos.

Guevara (2004) no comparte la propuesta de Fernández Sessarego, y considera que además de las cuatro categorías de sujeto de derecho, se debe incluir a la sociedad

conyugal, en virtud de lo dispuesto por el artículo 287 al 294 del Código Civil peruano de 1984 (p. 78).

Espinoza (2012) sostiene que la regulación efectuada en el Libro de Personas del Código Civil peruano, no debe ser entendida como un *numerus clausus*. Y efectuando una interpretación sistemática de todo el Código Civil y del ordenamiento jurídico, podrá considerarse además de las cuatro categorías ya mencionadas, la sociedad conyugal y la unión de hecho, no debiendo quedarse cerrado en su número, pero esto no quiere decir que se le de apertura o “referirse a un contenido ontológico distinto que al de la vida humana” (p. 13).

La categorización propuesta en los apartados anteriores, resulta siendo coherente, con la noción que se tiene de sujeto de derecho y la exclusividad asignada como tal al ser humano. No hay margen para que entes diferentes al ser humano, como las plantas, los animales o la naturaleza, tengan lugar dentro de esta clasificación.

En nuestra legislación y la legislación comparada, la categoría de sujeto de derecho es utilizada, exclusivamente, para referirse a las diversas fases de la vida del ser humano. Desde la etapa de la concepción (inicio de la vida humana), hasta la muerte de la persona. De lo cual se desprende que es el hombre el único y natural sujeto y destinatario del Derecho.

### **3.1. El Concebido**

Con el término concebido, embrión humano, feto o *nasciturus*, se le conoce a la persona por nacer o la persona humana en gestación. Corresponde a la biología, responder a la pregunta, ¿en qué momento comienza la vida humana? Al respecto existen hasta tres teorías: teoría del proceso de fecundación; teoría de la anidación; y la teoría de la formación del sistema nervioso central.

Para la *teoría del proceso de fecundación*:

Es un proceso biológico progresivo que culmina con la conjugación del óvulo del espermatozoide –o singamia. Luego de que el espermatozoide ha penetrado

en el ovocito, se produce, aproximadamente entre las doce y dieciocho horas posteriores, la combinación de los cromosomas, configurándose así el intercambio de la información cromosómica que determina la aparición de una nueva y exclusiva estructura genética, es decir la formación del genotipo. A partir de ese momento, se encuentra fijado el programa de lo que será la nueva entidad humana viviente, genéticamente única y autónoma (Blasi, 2009, p. 99).

Según la *teoría de la anidación*:

El embrión, hasta el momento de la anidación es un mero conjunto de células indiferenciadas que, a pesar de tener vida, la misma no es humana y, por consiguiente, no se está en presencia de un ser humano concreto, sino de una célula que tiene la potencialidad de devenir tal. Según esta teoría la concepción coincidirá con el inicio de la gravidez (Blasi, 2009, p. 101).

La *teoría de la formación del sistema nervioso central*, estima que:

Con la aparición de los rudimentos de lo que luego será la corteza cerebral, es decir la llamada línea primitiva, eje embrionario o surco neural, a partir del decimoquinto día de la evolución embrionaria, es está frente a un ser viviente (Blasi, 2009, p. 101).

Cualquiera sea la teoría que se adopte sobre el momento del inicio de la vida humana:

El concebido es el ser humano antes de nacer que, pese a que depende de la madre para su subsistencia, está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico y, como tal, se convierte en un centro de imputación de los derechos y los deberes que lo favorecen. Es por eso que se dice que es un sujeto de derecho privilegiado (Espinoza, 2012, p. 20).

El Código Civil Peruano de 1984, ha recogido en el artículo primero la categoría de concebido, estableciendo que “la vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.

En cuanto a la capacidad de goce y de ejercicio “el concebido como sujeto de derecho, tiene capacidad de goce, si bien limitada, restringida “para todo cuanto le favorece”. En cambio es un incapaz absoluto de ejercicio” (Fernández, 2009, p. 6).

El concebido como se ha expuesto, se le considera como sujeto de derecho, empero no como persona, distinción que hace la legislación y la doctrina, teniendo en cuenta que entre persona y sujeto de derecho hay una relación de género a especie.

### **3.2. La Persona Natural**

La vida humana comienza con la concepción y encuentra su fin o término con la muerte, sea en el vientre materno o una vez nacido. El derecho ha clasificado estas dos etapas de la vida, como concebido (al que está por nacer) y como persona natural (al nacido), pero se trata de la misma vida humana.

Los derechos de la persona y su sistematización, tienen una larga evolución histórica. Se han enriquecido a lo largo de la historia, con el aporte de políticos, filósofos, teólogos y juristas. Los primeros textos datan de la época medioeval, se trataba de leyes territoriales y locales que amparaban las libertades de España en esos tiempos: el Fuero Juzgo (681) y el Fuero de León (1017-1020). En Inglaterra la Carta Magna (1215).

Con el transcurso de los siglos, se han consolidado los derechos humanos en diversos documentos y en los siglos XVIII y XIX se ha incidido en los derechos civiles y políticos, a los que se ha denominado los de primera generación; a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, se considera al hombre o la persona, ya no como un ser individual, sino como un ser social y se incide en los derechos económicos, sociales y culturales, lo que se traduce en los derechos de segunda generación; luego en el siglo XX y XXI, se considera los derechos relativos a la justicia la paz y la solidaridad, lo que se conoce como derechos de tercera generación.

Actualmente se propugna que, a los derechos humanos de tercera generación, se debe agregar una de cuarta generación, que incluiría derechos que no se pueden incluir en la tercera generación, reivindicaciones futuras de derechos de primera y segunda generación

y nuevos derechos, a todos ellos se les denomina, de “solidaridad” o “de los pueblos”, en esta relación se considera el derecho al desarrollo, al progreso, a la autodeterminación, a la paz, a un ambiente sano, a la libertad informática y a la identidad (Flores S., 2015, p. 34).

En el Perú los derechos de la persona, se encuentran regulados en el Título I, de la Constitución Política de 1993, texto que recoge los derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación. La Constitución establece en relación a los derechos un *numerus apertus*, adoptando además de los enumerados, todos aquellos de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Del mismo modo encontramos los derechos de la persona, en el Código Civil de 1984, un largo catalogo entre los que se hace mención al derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor, el derecho a la intimidad personal y familiar, derecho a la imagen y la voz, derecho al secreto y reserva de las comunicaciones, el derecho al nombre y los que no se enumeran, pero que por la naturaleza de los mismos forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

A los derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación, regulados en diversos documentos nacionales e internacionales, la persona humana las hace suyas, como sujeto de derecho o aquel centro de imputación de derechos y deberes.

Para ejercer plenamente esos derechos que la humanidad ha conquistado a lo largo de los siglos, es necesario ostentar lo que se denomina la capacidad, que no es otra cosa, que un atributo de la persona o el sujeto de derecho.

La “capacidad es la aptitud o posibilidad jurídica de gozar y obrar los derechos” (Cifuentes, 1999, p. 175). Albadalejo (2002) se refiere a la capacidad jurídica, como el derecho reconoce la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas y la capacidad para obrar, es la aptitud que el derecho reconoce para que la persona realice actos jurídicos (p. 215). La capacidad no queda limitada solamente a la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones (capacidad de derecho), ha de incluir también la aptitud para ejercer esos derechos y cumplir aquellas obligaciones (capacidad de hecho) (Rivera, 2004, p. 393).

En la doctrina nacional, Fernández (2009) estima que la capacidad genérica o de goce es inherente a la naturaleza del ser humano. Todos los seres humanos, son seres libres, por ello tienen similar o igual capacidad genérica o de goce. La libertad y la capacidad de goce son elementos indisolubles, indesligables. Hace diferenciación entre la libertad subjetiva, que es la aptitud para gozar de todos o de cualquier derecho, sólo cuando este derecho puede realizarse o fenomenalizarse, es decir, se convierta en efectivo ejercicio del mismo, estamos frente a la libertad objetiva (p. 234).

La capacidad ha sido clasificado por la Doctrina Francesa, en capacidad de goce o de derecho, que es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas y la capacidad de ejercicio o de hecho, a la aptitud que se tiene para poner en actuación por sí mismo los derechos y deberes que comprenden las relaciones jurídicas (Espinoza, 2012, 873).

Mientras que la Doctrina Alemana, al que se adscriben los autores italianos, españoles y algunos franceses, distinguen la capacidad negocial, que es la idoneidad para celebrar en nombre propio negocios jurídicos; la capacidad de imputación o delictual, es la aptitud para quedar obligado por los propios hechos ilícitos que se cometan; la capacidad procesal, es la aptitud para realizar actos procesales válidos (Espinoza, 2012, 873).

### **3.3. La Persona Jurídica**

La persona jurídica, recibe varias denominaciones en el derecho comparado: *persona ficta* (Sinabaldo Flisco), *persona moral* (canonistas), *persona ficticia* (Planiol), *persona civil* (Baudy-Lacantineire y Houques-Fourcade), *persona colectiva* (Recasens Siches), *persona jurídica* (Savigny) y *persona de existencia ideal* (Cifuentes), pero, se refiere al mismo centro de imputación de derechos y deberes (Llambías, 1995, p. 8).

Carlos Fernández Sessarego, cuando se refiere a la persona jurídica, sostiene:

Es una expresión lingüística que alude a una organización de personas que persiguen fines valiosos y que constituye un centro unitario ideal de imputación de situaciones jurídicas –derecho y deberes- con autonomía formal

en relación con las personas naturales que la integran (Fernández, 2009, p. 255).

Para Espinoza (2014):

La persona jurídica es la organización de personas (naturales o jurídicas), que se agrupan en la búsqueda de un fin valioso (lucrativo o no lucrativo) y que cumple con la formalidad establecida por el ordenamiento jurídico para su creación (que puede ser mediante la creación en los Registros Públicos o a través de una ley). Este centro de imputación también puede ser atribuido a una sola persona (sea natural o jurídica) (p. 25).

En el Código Civil peruano de 1984, se hace una diferenciación entre la persona jurídica de derecho privado y la persona jurídica de derecho público interno, mencionando a la Asociación, la Fundación y al Comité, en el grupo de las personas jurídicas de derecho privado y en un apartado a las Comunidades Campesinas y Nativas.

En el caso de las personas jurídicas de derecho privado, la inscripción en el registro respectivo, constituye el requisito formal “en virtud del cual podemos verificar que, a partir de un instante dado, se ha producido la ideal reducción a la unidad de la pluralidad organizada de personas que real y efectivamente integran a nivel existencial” (Fernández, 2009, p. 256).

En el caso de la Empresa “el profesor Carlos Fernández Sessarego, ha aportado al Derecho mercantil la visualización de la empresa como sujeto de derecho y como persona jurídica” (Pejovés, 2009, p. 756), quedando claro, que todas las formas de sociedad regulada en nuestra legislación y la legislación comparada, es un centro de imputación de derechos y deberes, es decir, es sujeto de derecho.

### **3.4. Las organizaciones de personas no inscrita**

Otra de las categorías de sujeto de derecho en el Código Civil, es la de las organizaciones de personas, pero que, por diversas razones no se ha inscrito en el registro respectivo. Esta organización de personas puede ser una asociación, una fundación o un

comité. Se diferencia de la persona jurídica, sólo por un aspecto formal o administrativo, su falta de inscripción en el registro.

### **3.5. La Sociedad Conyugal o de gananciales**

Sobre la condición de sujeto de derecho, de la sociedad conyugal, Guevara (2004), sustenta su posición señalando:

La ley peruana le atribuye derechos y obligaciones que debe ejercer y ejecutar, como ente diferente de los cónyuges que individualmente lo conforman. La Sección Segunda del Libro III del Código le otorga de inicio, bajo denominación explícita, la condición de *sujeto de derecho* (p. 82).

Guevara indica que se confirma la condición de sujeto de derecho de la sociedad conyugal, con lo dispuesto por el artículo 36 del Código Civil peruano, disposición que expresamente establece el domicilio de la referida sociedad.

Según Espinoza (2012) en el caso de la sociedad de gananciales, tal como está regulado en el texto del artículo 301 del Código Civil peruano, se encuentra autorizado los bienes propios de cada cónyuge y los bienes de la sociedad, siendo evidente que esta sociedad es un sujeto de derecho, con patrimonio propio, distinto de las personas que lo integran (p. 11).

Pero, ¿de qué trata este régimen de la sociedad conyugal?, “consiste en que los patrimonios del marido y la mujer, independientes hasta el momento de contraer matrimonio, se fusionan a raíz de éste en un solo... la sociedad conyugal se convierte en el titular único de un solo patrimonio común” (Cornejo, 1991, p. 278).

Las principales características de la sociedad conyugal: se trata de una sociedad con patrimonio propio, distinto de los cónyuges que lo integran; se le atribuye derechos y obligaciones; se inicia con el matrimonio y fenece por una causal específica (invalidación de matrimonio, separación de cuerpos, divorcio, declaración de ausencia, muerte de uno de los cónyuges y por cambio del régimen patrimonial); se establece un domicilio de la sociedad (Cornejo, 1991, p. 295-303).

Sobre el particular se precisa “que la sociedad de gananciales es una comunidad de bienes aplicable al matrimonio compuesta por aquellos adquiridos a título oneroso por los cónyuges, por los frutos y productos de los bienes propios” (Varsi, 2012, p. 143). En este caso corresponde a cada cónyuge la administración de su patrimonio y a ambos el patrimonio social, llegando a su fin esta sociedad con la disolución de matrimonio.

### **3.6. La unión de hecho**

Según Espinoza (2011), la Unión de Hecho es otro de los sujetos de derecho, siendo regulado en la primera parte del artículo 326 del Código Civil peruano, sujetándose al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable (p. 11).

La definición de la unión de hecho o el concubinato, en sentido amplio, es la relación entre dos personas libres o atadas por vínculo matrimonial, tengan o no impedimento para legalizar su unión, debe tener un carácter de permanencia o habitualidad en la relación. En sentido restringido, es la unión continua y permanente, entre dos personas, libres de impedimento matrimonial, es la posición que también adopta la legislación (Cornejo, 1991, p. 71).

Los caracteres que debe reunir la unión de hecho, según anota Vega, deben ser los siguientes: a) la unión debe ser voluntaria; b) debe ser la unión entre un varón y una mujer, es decir, una relación heterosexual; c) la exigencia de la singularidad, de la exclusividad o monogamia, que se traduce en el deber de fidelidad; d) la estabilidad o permanencia, la pareja debe tener una comunidad de vida estable y duradera, mínimo dos años; e) el deber de cohabitación, análoga a la conyugal; f) los pareja debe estar libre de impedimento matrimonial; g) debe ser una unión notoria, pública, cognoscible por los terceros (Vega, 2009, p. 77-80).

## **4. Sujeto de derecho en el Código Civil peruano**

Formalmente la época republicana, se da inicio en el Perú el 28 de julio de 1821, aunque como reconoce Jorge Basadre, la historia del Perú independiente “no empieza en la expedición de San Martín, sino mucho antes” (Basadre, 1983, Tomo I, p. 1), pero, lo que interesa para este estudio, es la época republicana.

Durante la época republicana, han estado en vigencia cuatro códigos civiles: el Código Civil de Santa Cruz, tuvo vigor en el Sur-Peruano entre el 22 de Junio de 1936 al 14 de octubre de 1936 y en Nor-Peruano del 01 de Noviembre de 1936 al 01 de Enero de 1937. Luego vino el Código Civil de 1852, que tuvo una larga vida, desde el 28 de junio de 1852 en que entró en vigencia hasta el 13 de noviembre de 1936.

El Código Civil de 1936, entró en vigencia el 14 de noviembre de 1936 y estuvo en vigencia hasta el 13 de noviembre de 1984. El Código Civil de 1984, que aún el día de hoy se mantiene en vigencia, se promulgó el 24 de junio de 1984, pero entró en vigor recién el 14 de noviembre de dicho año.

#### **4.1. Sujeto de derecho en el Código Civil de Santa Cruz**

Andrés de Santa Cruz (1792-1865), “dotó a Bolivia del primer código sudamericano, que fue promulgado el 22 de marzo de 1831 y puesto en vigencia el 2 de abril de ese mismo año” (Ramos, 2005, p. 51-52), se dice que Santa Cruz, como admirador de Napoleón, tomó como modelo, entre otras cosas, el Code francés, pero que fue una comisión integrada por miembros de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia, los que introdujeron “las reformas jurídicas que el medio social y la mentalidad del país y de la época reclamaban” (Ramos, 2005, p. 52).

Por avatares del destino, el primer Código Civil que rigió nuestra nación, no fue peruano, pues el redactado por Manuel Lorenzo de Vidaurre y que fuera presentado en Agosto de 1834 con una exposición de motivos, no fue tomando en cuenta. Fue, luego que en 1836 los departamentos de Arequipa, Ayacucho, Cusco y Puno, se constituyeran en un estado libre, bajo la denominación de Estado-Sud Peruano, por decreto del 22 de junio de 1836 se dispuso que adopten el Código Civil boliviano, igual suerte tuvo el Estado Nor-Peruano, conformado por los departamentos de Lima, Libertad, Junín y Amazonas, luego de que se estableciera la Confederación Perú-Boliviana, mediante decreto del 1 de noviembre de 1836, se dispuso la aplicación del Código Civil Boliviano en dicho territorio.

El Código Civil de Santa Cruz, como el Código Civil Francés de 1804, sólo reconoció a la persona natural, siendo el único sujeto de derecho, o el centro de imputación de derechos y deberes.

No se reconoce expresa ni explícitamente otros sujetos de derecho y aun cuando se alude a ciertas formas primarias de personas jurídicas (los establecimientos públicos o de utilidad pública) solo se les permite existencia y funcionamiento limitados, condicionados a la tutela y vigilancia del Estado (Guevara, 2004, p. 79).

#### **4.2. Sujeto de derecho en el Código Civil de 1852**

El Código Civil de 1852, según Basadre, recibió diversas influencias, entre ellas del derecho romano (a través de la cultura jurídica de los codificadores), del derecho francés (de juristas como Domat, Aubry y Rau y de la escuela de la exegesis, del Code de Napoleón e indirectamente del Código de Santa Cruz), del derecho español (las Partidas y las Recopilaciones), del derecho canónico (concilio de Trento), del derecho alemán (texto del jurista Heinecio) (Basadre, 1983, p. 245-246).

Al no tener una exposición de motivos que lo fundamente, ni actas de la comisión codificadora, se presta a que cada estudioso encuentre nuevos aportes, nuevas fuentes del que se habría nutrido este Código, pero la mayor influencia recibida proviene del Code francés, al menos por dos canales de penetración, “por vía directa y a través de la mediación de los códigos civiles confederados. La obra de Santa Cruz, aunque aborrecida, cumplió un papel que la historiografía jurídica no ha destacado: la economía legislativa” (Ramos, 2005, 271).

El mérito del Código Civil de 1852, “fue el primero que se promulgó en Hispano-América redactado por juristas nacionales” (Basadre, 1983, p. 246). Otro de los méritos de este Código, es que puso orden, método, claridad en una legislación al que se le había denominado como “selva enmarañada”, además esta no fue una obra individual como la chilena o argentina, sino más bien colectiva, sin embargo, discontinuada.

La estructura que adoptó el Código Civil de 1852, es la siguiente: tuvo un Título Preliminar; el Libro I, estaba dedicado a las Personas y sus Derechos; el Libro II, De las cosas y del modo de adquirirlas y el derecho de las personas que tienen sobre ellas; el Libro III, sobre las Obligaciones y Contratos (Código Civil de 1852). Según se puede advertir este plan del Código, sigue el de las Institutas de Gayo y de Justiniano, no del Código Civil Francés.

En el Libro I, de las Personas y sus Derechos, en el Código Civil de 1852, siguiendo la influencia del Code francés, sólo regula a la persona natural. El artículo 1 y 2, utiliza la palabra hombre, y se refería al ser humano nacido o por nacer. “El hombre, según su estado natural, es nacido ó por nacer” (Art. 1 Código Civil de 1852). Seguidamente establece: “El hombre desde que nace, tiene los derechos que le declaran las leyes” (Art. 2, del Código Civil de 1852). Es decir, si bien se reconoce al concebido como ser humano, empero, sólo tiene derecho desde su nacimiento, ante no.

Como se advierte, en el Código de 1852, sólo existe un sujeto de derecho: la persona natural. Si bien este Código, reconoce al concebido como “hombre por nacer”, pero le despoja de derechos, por cuanto sólo puede ser titular de derechos y obligaciones “el hombre desde que nace”. El Código Civil de 1852, no regula a la persona jurídica, del mismo modo ignora a las Comunidades Campesinas y Nativas.

#### **4.3. Sujeto de derecho en el Código Civil de 1936**

El Código Civil de 1936 se gestó durante catorce años, entre 1922 a 1936, distinguiéndose hasta tres etapas, como anota Basadre (1983):

Una de 1922 a 1928 en que una comisión técnica preparó cuidadosamente el anteproyecto, la segunda de 1928 a 1936 en que la comisión terminó sus trabajos sin evidenciar el mismo espíritu metódico; y la tercera en 1936, en que se buscó con apresuramiento su promulgación (p. 418).

A diferencia de su antecesor el Código Civil peruano de 1852, que recibió mayor influencia francesa y española, el Código Civil de 1936, tomó como modelos el Código

Civil alemán, suizo y brasileño, que habían cobrado vida en el mismo siglo XX. Empero, las fuentes de esta codificación no se detienen en estos tres códigos, sino que, tiene una influencia numerosa y variada, acorde con la época en que le tocó ser redactada. Se caracterizó por ser moderadamente progresista y renovador, con alguna proyección social.

El Código Civil de 1936, como anota Guevara (2004):

Conserva también el perfil de código “patrimonialista”, por cuanto presenta igualmente a las personas, en el Libro correspondiente -el primero- como personajes poseedores únicamente de la atribución de hacer transacciones concernientes a bienes económicamente valiables, sin entrar aún en el desarrollo de su esfera propiamente personal, íntima (p. 73).

La estructura del Código Civil de 1936 tuvo, un Título Preliminar; el Libro I, regulaba sobre el derecho de las Personas; el Libro II, sobre el derecho de la Familia; el Libro III, sobre el derecho de sucesiones; el Libro IV, sobre los derechos Reales; y, el Libro V, sobre los derechos de las obligaciones.

El Código de 1936, reconoció a la persona natural y la persona jurídica, como sujetos de derecho, reservando a ese fin toda la sección Primera y Tercera del Libro Primero, en la que regula a las personas naturales y la vida de las Asociaciones, Fundaciones y Comunidades Indígenas.

Sobre la persona natural, en el artículo primero del Código de 1936, se establece: “El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo”. Con ello el legislador, desconoce los derechos que le corresponde al concebido y sólo otorga la titularidad de derechos y deberes, a la persona natural y una vez producido el evento del nacimiento.

#### **4.4. El sujeto de derecho en el Código Civil de 1984**

El Código Civil de 1984, tuvo un similar período de gestación con referencia al Código de 1936, siendo presentado el anteproyecto después de 16 años, por la Comisión encargada del estudio y revisión del entonces Código vigente. La Comisión estuvo

formada, por los juristas más notables de la época, entre los que destacan: Carlos Fernández Sessarego, José León Barandiarán y Manuel de la Puente Lavalle.

El Código Civil peruano de 1984, estuvo inspirado en el Código italiano de 1942 (Soto, 2000, p. 8), que ha sido su principal fuente. Al respecto Fernández (1986) esclarece, señalando:

Entre el Código Italiano de 1942 y el Peruano de 1984 se advierten no sólo coincidencias y diferencias de carácter sistemático sino también se aprecian semejanzas y distingos en el tratamiento normativo de las instituciones propias del Derecho de las Personas. Este hecho es consecuencia de que el codificador de 1984. al formular el Proyecto del Libro de Derecho de las Personas, tuvo más en cuenta la doctrina y. en menor grado, la jurisprudencia italiana que el propio Código Civil de 1942, el mismo que en los años transcurridos desde su promulgación ha sido objeto de lúcidos comentarios y de abundante y documentada crítica. Fue por ello más útil y provechoso el aporte del fecundo pensamiento de los juristas italianos de años recientes que el propio Código Civil antes mencionado. Todo el proceso de reforma, por lo demás, estuvo referido a la realidad social del país y a las valoraciones propias de la comunidad nacional vigentes en el momento histórico en que se redactó el Código” (p. 107-108).

El Libro de las Personas del Código Civil de 1984, se ubica como lo ha manifestado su autor principal (Fernández Sessarego), dentro de una posición humanista o personalista del derecho, “dentro de la cual la persona, por ser un fin en sí misma, es eje y centro de las relaciones jurídicas, jerárquicamente superior a todo interés de orden patrimonial, por indispensable que sea para la vida humana” (Fernández, 1986, p. 106).

La estructura que ha seguido el Código Civil de 1984, es diferente al de sus antecesores y se encuentra dividido en un Título Preliminar y diez libros: Derecho de las Personas, Acto Jurídico, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, Derechos Reales, Obligaciones, Fuentes de las Obligaciones, Prescripción y Caducidad, Registros Públicos y Derecho Internacional Privado.

A diferencia de los códigos que le antecedieron, la categorización de sujeto de derechos, tiene un tratamiento diferente, innovador y a tono con el avance de la ciencia y de la doctrina jurídica contemporánea, pues considera cuatro categorías de sujeto de derecho: el concebido, la persona natural, la persona jurídica y la organización de personas no inscrita.

## **CAPÍTULO IV**

### **LA NATURALEZA, SUJETO DE DERECHO**

#### **1. Consideraciones generales**

Uno de los grandes problemas, que afronta la humanidad, en este siglo, es la crisis ambiental. Las variables de la crisis ambiental son: el cambio climático o el calentamiento global, la contaminación, el agotamiento de los recursos naturales, la destrucción de ecosistemas, el agrandamiento y adelgazamiento de la capa de ozono y la explosión demográfica.

Una de sus variables, más importantes, de la crisis ambiental es el cambio climático, el mismo que tiene un impacto directo en los ecosistemas<sup>2</sup> y las otras consecuencias son las sequías, huracanes, monzones, olas de calor y de frío, las temperaturas extremas, lluvias torrenciales, entre otros. Las causas del cambio climático en nuestro planeta es la emisión de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>).

Nuestra llamada Civilización Industrial, depende de los combustibles fósiles (carbón, gas y petróleo), particularmente del petróleo, como fuente de energía primaria. Los combustibles fósiles son los grandes emisores de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), que a su vez es el más importante de los gases de efecto invernadero (GEI).

Ya no es un secreto, el aumento de la temperatura media global, lo que se ha acentuado desde finales del siglo XIX, y se predice que, en el año 2100, habría subido en

---

<sup>2</sup> Un ecosistema es un sistema biológico constituido por una comunidad de organismos vivos y el medio físico donde se relacionan. Se trata de una unidad compuesta de organismos interdependientes que comparten el mismo hábitat.

4°C, lo que tendría efectos no sólo peligrosos sino devastadores para los seres humanos y la flora y fauna del planeta.

Hace poco, se ha difundido en medios científicos, que estamos frente a una sexta extinción masiva de seres vivos en nuestro planeta. Desde que la vida floreció en la tierra, hace aproximadamente 4.000 millones de años, nuestro planeta ha experimentado seis extinciones masivas. Cinco de ellas se han producido por acción de la naturaleza, y se recuerda que la última habría ocurrido hace 65 millones de años, cuando desaparecieron los dinosaurios y un 70% de las especies terrestres. Esta sexta extinción masiva<sup>3</sup>, a diferencia de las otras cinco, no es un fenómeno natural, sino se trata de un fenómeno producido por nosotros los seres humanos, lo que nos debe llamar poderosamente la atención.

Ante la crisis ambiental y como una de las medidas para mitigarla o superar sus efectos, han surgido diversos movimientos, corrientes, pensamientos, ideas y propuestas de alcance planetario, algunos bien estructurados otros no, pero que tienen como común denominador, la intención de superar la crisis, una de ellas es la corriente de pensamiento latinoamericano, que promueve entre otras medidas, para que a la naturaleza se le reconozca derechos.

Esta corriente según sus propulsores, tiene fundamentada su posición, en ser la propuesta más viable, más cercana a la realidad y a las aspiraciones no sólo de los pueblos excluidos y marginados, sobre todo de Latinoamérica, sino de todo el mundo. Los componentes teóricos de esta propuesta son: la concepción filosófica de Josef Estermann, con su trabajo "*Filosofía Andina*", el *neoconstitucionalismo transformador* y el *Sumak Kawsay o Buen Vivir*.

## **2. La Filosofía Andina de Esterman**

Josef Estermann (1956), es un filósofo y teólogo suizo. De 1990 a 1998, radica en la Ciudad de Cusco, de este período, nace su interés por las culturas y cosmovisiones andinas. Postula la denominada Filosofía Andina, para cuyo fin aplica la metodología y el enfoque epistemológico del enfoque intercultural, apoyándose en la antropología, las lenguas

---

<sup>3</sup> Esta es la conclusión principal de un estudio efectuado en la Universidad de Aarhus (Dinamarca y la Universidad de Gotemburgo (Suecia) y publicado en "Proceedings of the National Academy of Sciences" (PNAS).

(quechua y aimara) y la historiografía, sobre todo de los cronistas. Está convencido de que la Filosofía Andina, es una filosofía genuina, con una racionalidad y una epistemología peculiar.

Josef Estermann escribe *Filosofía Andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo*, en el año 2006. Además, entre sus obras destaca un estudio en cinco volúmenes sobre filosofía. En el primer volumen trata de la Filosofía Sistemática, y en el restante, un estudio de la Historia de la Filosofía: Filosofía Antigua, Filosofía Medieval, Filosofía Moderna, Filosofía Contemporánea y Filosofía Latinoamericana.

Como reconoce Ávila (2011), la fuente que sustenta a la naturaleza como sujeto de derecho, en el aspecto filosófico, es la propuesta de Josef Estermann (p. 173-278). Estermann (2002) al sintetizar sus estudios sobre el pensamiento andino, nos dice lo siguiente:

- El pensamiento andino no está resumido en fuentes escritas, ni tiene filósofos particulares como sus principales autores, sino el conjunto de ideas, costumbres y cosmovisión (está) en las mentes de la gente.
- La filosofía andina no piensa en categorías de substancialidad, sino de relacionalidad: todo está relacionado con todo.
- El universo es una entidad que requiere una actitud ética. Las relaciones sólo funcionan debidamente cuando el hombre respeta su lugar y las relaciones cósmicas.
- El principio de complementariedad dice que cada ente sólo puede existir con su complemento para ser completo; el principio de no-contradicción en este sentido no es universalmente válido.
- El principio de reciprocidad afirma la justicia universal en base al intercambio recíproco de bienes, favores y deberes.
- La concepción del tiempo es básicamente cíclica, rechazando así una concepción del desarrollo lineal y progresivo.
- Entre micro y macrocosmos existe una serie de correspondencias que recién posibilitan la vida y que integran al ente individual en un ambiente mucho más amplio.

- El punto de partida no es el sujeto y su constitución, sino la naturaleza como conjunto de relaciones; la conciencia natural reemplaza la conciencia trascendental y moderna.
- La filosofía andina en muchos aspectos es incompatible con el pensamiento occidental, en otros es compatible (p. 200).

Estermann (2009), luego de citar la frase de Marx, “las ideas de los dominadores son las ideas dominantes”, agrega “que lo ocurrido hace 500 años, con el continente americano, se perpetúa hoy día mediante la hegemonía económica y cultural de Occidente”(p. 9). Hoy se ve ese mismo fenómeno con la globalización económica neoliberal e informática, cuyo sustento es la filosofía postmoderna.

Ante los paradigmas dominantes y totalizadores de la globalización económica y cultural y sus formas académicas sutiles de negación, como es el eurocentrismo y occidentalismo, que presupone superioridad de la filosofía occidental, Estermann antepone, el enfoque intercultural y rechaza las pretensiones supraculturales y el etnocentrismo<sup>4</sup> del pensamiento filosófico occidental. Su enfoque principal es la interculturalidad, considerada como una relación muy peculiar entre las distintas culturas, que pretende articularlas de una manera no reduccionista ni hegemónica y no con la pretensión de reemplazar las filosofías contextuales e interculturadas, con una filosofía supracultural.

## **2.1. Los principios que sustentan los derechos de la Naturaleza**

Según Ramiro Ávila Santamaría, la fuente que sustenta el derecho de la naturaleza, es la *Filosofía Andina* de Josef Estermann, libro del que, para dicho fin, extrae algunos principios de la “lógica” andina: la relacionalidad, la correspondencia, la complementariedad y la reciprocidad.

### **2.1.1. El Principio de la Relacionalidad**

En la Filosofía Andina, recibe el nombre de *principio de relacionalidad* o el *principio holístico*. “Este principio afirma que todo está de una u otra manera relacionado

---

<sup>4</sup> Etnocentrismo, actitud del grupo, raza o sociedad que presupone su superioridad sobre los demás y hace de la cultura propia el criterio exclusivo para interpretar y valorar la cultura y los comportamientos de esos otros grupos, razas o sociedades.

(vinculado, conectado) con todo... la entidad básica no es el ‘ente’ sustancial, sino la relación” (Estermann, 2009, p. 126).

Según Estermann (2009), el ‘equivalente homeomórfico’ del *principio de relacionalidad* o el *principio holístico*, en la filosofía occidental, es la ley de la proporcionalidad elemental de los entes de Empédocles, la doctrina emanatista del Neoplatonismo o la concepción de las mónadas de Leibniz. Sin embargo, advierte algunas diferencias claves. En la filosofía andina, los ‘entes’ son ‘concretos’, interrelacionados. El tipo de relacionalidad, es peculiar e implica una gran variedad de formas no lógicas: reciprocidad, complementariedad y correspondencia en los aspectos afectivos, ecológicos, éticos, estéticos y productivos. Los equivalentes homeomórficos occidentales entienden la relacionalidad dentro de las categorías de la sustancialidad (p. 127).

El principio de relacionalidad se puede formular de manera negativa o positiva. Negativamente, no puede haber ningún ‘ente’ completamente carente de relaciones. No hay entes absolutos. Hasta Dios es un ente relacionado. Positivamente, cada ‘ente’ se halla inmerso en múltiples relaciones con otros ‘entes’, acontecimientos, estados de conciencia, sentimientos, hechos y posibilidades. Lo que haga o deje de hacer un ‘ente’ afecta a los demás (Estermann, 2009, p. 129).

Según los defensores de la naturaleza con derechos:

La consecuencia de este principio es que la naturaleza requiere de los seres que la habitan, y los seres no podrían vivir sin la naturaleza. Además, el ser humano no está en la naturaleza —o la naturaleza alberga al ser humano—, sino que el ser humano es la naturaleza. No se puede desintegrar el concepto de ser humano con la naturaleza, ambos son uno, de ahí que hacer daño a la naturaleza es hacerse daño a sí mismo (Ávila, 2011, p. 211).

Lo sostenido por Ávila, con respecto a que la “*naturaleza requiere de los seres que la habitan*”, es una gran falacia. Requiere, proviene del verbo requerir, que significa también necesitar, y la naturaleza o el planeta tierra, no necesita a los seres humanos o incluso a los demás seres vivos para existir, pues la presencia de dichos ‘entes’, no

determina su existencia. Es muy distinto en el caso de los seres humanos y demás seres, que sí requerimos de la naturaleza para existir.

### **2.1.2. El principio de correspondencia**

Según Estermann la relacionalidad del todo, se desglosa y manifiesta en una serie de principios derivados o secundarios, siendo uno de ellos el de *correspondencia*, que significa, que todos los distintos aspectos, regiones o campos de la realidad se corresponden de una manera armónica.

A diferencia del pensamiento occidental que pone énfasis en el principio de la causalidad.

El principio de correspondencia se manifiesta en la filosofía andina a todo nivel y en todas las categorías. En primer lugar, describe el tipo de relación que existe entre macro- y micro-cosmos: “tal en lo grande, tal en lo pequeño”. La ‘realidad’ cósmica de las esferas celestes (*hanaq* o *alaxpacha*) corresponde a la ‘realidad’ terrenal (*kay* o *aka pacha*) y hasta a los espacios infra-terrenales (*ukhu* o *manqha pacha*). Pero también hay correspondencia entre lo cósmico y humano, lo humano y no-humano, lo orgánico e inorgánico, la vida y muerte, lo bueno y malo, lo divino y humano, etc. El principio de correspondencia es de validez universal, tanto en la gnoseología, la cosmología, la antropología, como en la política y ética (Estermann, 2002, p. 138).

Sin embargo, no es que, en la filosofía andina, se haya descartado por completo el principio de la causalidad, lo que ocurre es lo siguiente:

La explicación racional o causal es solamente una forma –y no exclusiva- de entender el mundo y de conocer. Si la interpretación occidental causal se la hace mediante métodos cuantitativos, cualitativos, comparativos o exegéticos, la interpretación andina es, además, simbólica, ritual, celebrativa y afectiva” (Avila, 2011, p. 212).

### 2.1.3. El principio de complementariedad

¿En qué consiste el principio de complementariedad? Para Estermann (2009):

Es la especificación de los principios de correspondencia y relacionalidad. Ningún ‘ente’ y ninguna acción existe ‘monádicamente’, sino siempre en coexistencia con su complemento específico. Este ‘complemento’ (*con + plenas*) es el elemento que recién ‘hace pleno’ o ‘completo’ al elemento correspondiente (p. 168).

Para la filosofía andina, lo “particular” trata de una parte necesaria y complementaria, que se integra junto a otra parte, a una entidad completa o complementada. La contraparte de un ente no es su contraparte, sino su complemento correspondiente, imprescindible. El principio de complementariedad, cuestiona la validez universal del principio lógico occidental de la no-contradicción. Estermann, nos recuerda que el principio de no-contradicción tiene dos derivados: el principio de identidad, que enfatiza la coincidencia de un ente consigo mismo, y su diferencia (no-identidad) con cualquier ente distinto y el principio del tercer excluido afirma la exclusividad mutua de los valores lógicos (verdad y falsedad): una proposición es o bien verdadera o bien falsa, pero no existe una tercera posibilidad (tanto verdadera como falsa; ni verdadera ni falsa) (Estermann, 2009, p. 140-141).

En cuanto a los ámbitos y dimensiones donde se manifiesta el principio de complementariedad, Esterman (2009) señala, que es “a todo nivel y en todos los ámbitos de la vida, tanto en las dimensiones cósmicas, antropológicas, como éticas y sociales. El ideal andino no, es el ‘extremo’, uno de dos ‘opuestos’, sino la integración armoniosa de los dos” (p. 142).

Los defensores de los derechos de la naturaleza, toman este principio como los otros propuestos por Estermann, para argumentar, en el sentido siguiente:

En la lógica de los derechos... sería profundamente inadecuado proteger a uno de los elementos que conforman el complemento porque generaría un desequilibrio indeseable e inadecuado. De ahí, entonces, que tenga sentido que

tanto seres humanos como naturaleza gocen de igual protección jurídica” (Avila, 2011, p. 215).

#### **2.1.4. El principio de reciprocidad**

Según Estermann (2009), el principio de reciprocidad, “no sólo rige en las interrelaciones humanas (entre personas o grupos), sino en cada tipo de interacción, sea esta intra-humana, entre ser humano y naturaleza, o sea entre ser humano y lo divino” (p. 145). Este principio es universalmente válido y es un rasgo importante de la filosofía andina: la ética no está limitado al ser humano, sino que tiene dimensiones cósmicas. Se trata de un deber cósmico, que refleja un orden universal del que el ser humano forma parte.

Para Estermann, el trueque o intercambio que practican los pobladores andinos, de bienes, sentimientos, personas y hasta de valores religiosos, en el fondo es una justicia metaética. Pero la reciprocidad, como una normatividad relacional, es una categoría cósmica antes de ser un cierto concepto económico. El trueque de bienes, no es la simple expresión de una justicia económica, sino de una justicia cósmica. El equilibrio cósmico (armonía) requiere de la reciprocidad de las acciones y la complementariedad de los actores.

#### **2.2.El cuestionamiento a la filosofía andina de Estermann**

Según el planteamiento de Josep Estermann, en su libro *Filosofía Andina* y otros escritos dedicados al tema, en toda sociedad, ha habido *filosofía*, consecuentemente la sociedad andina, anterior a la conquista y en la actualidad, poseen una *filosofía*, al que él denomina *filosofía andina*. El sujeto de la filosofía andina, según Estermann, es el propio *runa*, mientras que el filósofo profesional sólo es el portavoz o partero de este pueblo: su voz. El mismo es un intérprete y portavoz de la sabiduría andina.

Pero esta afirmación colisiona, con la afirmación efectuada por estudiosos y filósofos, para quienes, durante el desarrollo de la sociedad humana, hay una clara distinción entre el pensamiento no filosófico o pre-filosófico y el pensamiento filosófico. El pensamiento filosófico surge sobre la base del pensamiento no filosófico, para ello ha sido necesaria la concurrencia de ciertas condiciones históricas.

La filosofía andina, desde la perspectiva de la filosofía occidental, no califica, de este hecho Estermann era consciente y lo señaló abiertamente. La filosofía andina no surgió en Jonia, no es un pensamiento con una racionalidad metódica y sistemática determinada, no es una ciencia en sentido estricto, no conoce la separación ilustrada entre filosofía y religión, saber y salvación, teoría y praxis, y no responde a la exigencia de una lógica exclusivista (Estermann, 2002, p. 145).

David Sobrevilla (1998) da cuenta de una serie de inconsistencias en la ‘Filosofía Andina’ de Estermann, pero lo medular se encuentra en la distinción entre el pensamiento no filosófico y el filosófico, para ello cita a filósofo español Mosterin, quién ha diferenciado inobjetablemente, el pensamiento arcaico y el filosófico, en su libro Historia de la Filosofía (p. 359).

Mosterin (1990) en su trabajo, ha caracterizado el pensamiento arcaico, por sus rasgos esenciales, llegando a la siguiente conclusión:

El pensamiento arcaico no es todavía filosófico ni científico, aunque posee ya una visión del mundo, una historia del origen de las cosas, una justificación del incipiente poder político, una moral y reflexiones sobre los enigmas de la vida y de la muerte. Los pensadores arcaicos carecían del sentido de la consistencia lógica, de la crítica racional y de la constatación empírica, pero desarrollaron técnicas cognitivas cruciales como la escritura, la aritmética y el calendario (p. 224-225).

El pensamiento andino, como sostiene Sobrevilla (1998), no habría superado el pensamiento arcaico.

Se trata de un pensamiento que personaliza los fenómenos naturales, los aprende como un *tú* de manera emocio-afectiva, elabora mitos para explicarlos, el sujeto recurre al ritual y a la celebración para poner a las potencias cósmicas de su lado etc. No hay aquí, como en el pensamiento filosófico, un afán de considerar el condicionamiento subjetivo, lingüístico o metódico, un

tratamiento de los fenómenos como un *ello* objetivo y desasido del sujeto, su análisis mediante conceptos y tampoco la construcción de teorías racionales, una actitud de observación puramente teórica de la naturaleza, el intento de pronosticar el futuro mediante la previsión racional (p. 359).

Aún en el caso de que estuviéramos frente a una filosofía andina, en el sentido propiamente dicho, los trabajos de Estermann no son un punto de quiebre en el pensamiento de la humanidad, para sustentar válidamente la tesis sobre los derechos de la naturaleza.

### **3. El Buen Vivir o Sumak Kawsay**

¿Qué entendemos por buen vivir o Sumak Kawsay? Es la comovisión<sup>5</sup> ancestral de la vida, de los pueblos indígenas sudamericanos. De acuerdo con el Sumak Kawsay, los gobernantes deben gobernar con responsabilidad, las personas fortalecer a la comunidad y todos debemos vivir en armonía con la naturaleza. Esta cosmovisión sostiene que todos los seres, incluido los humanos formamos parte de una unidad con todos los demás elementos del cosmos, que se encuentran en renovación perpetua. El Sumak Kawsay, es una palabra quechua, cuyo significado en español es “buen vivir”, en aimara es sinónimo de Suma Qamaña, que significa “Vivir bien”.

El Sumak Kawsay:

Proviene y se sintoniza con las culturas indígenas andinas de América del Sur y es acogido por el Ecuador como el “Buen Vivir”. Plantea una cosmovisión de armonía de las comunidades humanas con la naturaleza, en el cual el ser humano es parte de una comunidad de personas que, a su vez, es un elemento constituyente de la misma Pachamama, o madre tierra” (Quirola, 2009, p. 105)

El Sumak Kawsay, acoge principios milenarios y fundamentales, que por muchos milenios ha permitido al hombre vivir en ella, estos principios se traducen en la frase “sólo se toma de la naturaleza lo necesario”, de tal manera que la naturaleza no ha sufrido los embates de la presencia del hombre, empero, con el advenimiento de la sociedad industrial

---

<sup>5</sup> Cosmovisión, manera de ver e interpretar el mundo.

y la masificación de la producción y el consumo, esa armonía se ha roto, iniciándose un proceso donde la naturaleza es la principal afectada.

El Sumak Kausay, expresa una forma de entender la naturaleza como un todo, donde el ser humano o la comunidad es una diminuta parte, por lo que debe respetar al máximo a la Pacha Mama o la Madre Tierra, que es el hogar común de toda la humanidad y de los demás seres vivos, dentro de una constante y colectiva búsqueda de la armonía, con el objeto de alcanzar la vida plena.

Como señala Carpio (2009), el Buen Vivir o Sumak Kawsay, constituye un paradigma de la sociedad, basado en el acoplamiento equilibrado y equitativo entre economía y naturaleza.

En una relación de reciprocidad entre seres humanos y naturaleza, la especie humana –al garantizarse a sí misma su continuidad- garantiza la supervivencia de todo lo demás, facilitando que los encadenamientos tróficos fluyan sin quebrantos y los ecosistemas mantengan su equilibrio y así puedan cumplir su misión ecológica de sustentar toda forma de vida” (p. 115).

El Sumak Kawsay, como cosmovisión andina, interpela al mundo moderno y las visiones hegemónicas sobre desarrollo y bienestar. Somete a crítica al desarrollo contemporáneo, que enfatiza el aspecto económico y el mercado, la obsesión por el consumo y el mito de un progreso continuado. Dentro de esa línea cuestiona la base antropocéntrica que, todo sea valorado y apreciado en función de la utilidad para los humanos y propone como alternativa la interpretación y valoración de la naturaleza, convirtiendo a ésta en sujeto de derechos.

### **3.1. Crítica al desarrollo contemporáneo**

Al concluir la segunda guerra mundial el presidente Norteamericano Harry S. Truman, sostuvo: “una mayor producción es la clave de la prosperidad y la paz. Y la clave para una mayor producción es una aplicación más intensiva y vigorosa del conocimiento científico y técnico moderno”. Ideas que han sustentado, en contubernio con otras, el comportamiento de las economías de los Estados del Norte.

En concordancia con las ideas de Truman, se ha intensificado la producción, pero la prosperidad ha sido la de unos o un pequeño grupo y la pobreza de un grupo mayoritario, del mismo modo en el concierto mundial, hay menos países desarrollados que viven a costa de los países pobres y más sub desarrollados o pobres, que viven alimentando a los países ricos, la economía pregonada y propugnada por los Estados del Norte, sólo ha traído más desigualdad, exclusión e injusticia.

El discurso sobre el desarrollo en los últimos tiempos, va asociado con el crecimiento económico y mediante la manipulación de la información nos hacen creer que, es la varita mágica para salir de la pobreza, pero en el fondo sólo sirve para justificar la desigualdad, la explotación, la pobreza crónica y estructural, además del colonialismo de los países pobres. El discurso señala, que son pobres los países, por qué no están desarrollados.

En el nombre del desarrollo lo que hacen los países ricos, es saquear y depredar los recursos naturales de los países pobres, sin tener en cuenta que los recursos naturales no son inagotables, “ni es infinito el potencial de los ecosistemas del planeta para procesar y compensar las alteraciones que en éste produce la acción humana” (Carpio, 2009, p. 115). El capitalismo “es un sistema que piensa que el crecimiento sin fin y el consumismo ilimitado pueden seguir adelante sin tomar en cuenta los límites ecológicos del planeta ni los límites económicos de la gente” (Shiva, 2011, p. 148).

El Sumak Kawsay, desde su perspectiva histórica, reafirma a inviabilidad a mediano y largo plazo del modelo civilizatorio industrialista y depredador (Carpio, 2009), cuyas consecuencias se advierten en la destrucción de la capa de ozono, el efecto invernadero, la destrucción de bosques, el empobrecimiento de suelos, la creciente escases del agua, la acelerada reducción de la diversidad genética, la contaminación del aire y del agua.

Los países desarrollados, han puesto énfasis en el aspecto económico y del mercado, dejando de lado y poniendo en riesgo, aspectos trascendentales, como es la vida humana y su posibilidad de perpetuarse, así como del resto de las especies y de nuestro hogar natural o común que es la *Pachamama* o madre tierra.

Así mismo, los Estados del Norte y las empresas sobre todo las grandes, por su ambición desmedida, ciega e irracional, por obtener ganancias y riqueza, han ideado un discurso sutil pero agresivo, para promover la obsesión por el consumo, de productos a veces inútiles e innecesarios, todos ellos con materia prima, extraídas de la naturaleza, que cuando son desechados, vuelven a la misma naturaleza, pero para contaminar y convertirlo en un basurero de colosales dimensiones.

### **3.2. Crítica al antropocentrismo**

El hombre ha ideado de acuerdo a la evolución del pensamiento y su concepción del mundo los “centrum” o centro desde una perspectiva. Durante toda la denominada edad media, se tenía una perspectiva filosófica y cultural, centrada en Dios, por ello se denominada a esta concepción, teocéntrica, en contraposición a ella surge a inicios del siglo XVI, el antropocentrismo, que en el plano epistemológico, sitúa al hombre o ser humano, como medida y centro de todas las cosas y en el plano de la ética defiende los intereses de los seres humanos, los mismos que debe recibir una atención moral por encima de cualquier otra cosa.

Como sostiene Gudynas (2014):

La categoría antropocéntrica se refiere a las posturas que están centradas en los seres humanos, colocándolos como punto de partida para cualquier valoración. Se otorga a los humanos un sitial privilegiado, al concebir que las personas son sustancialmente distintas de otros seres vivos, únicas por sus capacidades cognoscitivas, por ser conscientes de sí mismos, y por lo tanto sólo ellos pueden otorgan valores. De esta manera, únicamente los humanos pueden ser sujetos de valor, de donde los demás elementos que nos rodean, tales como plantas o animales, son objetos de valor (p.27).

Según el Sumak Kawsay, la concepción antropocéntrica, más el sistema social imperante, han hecho que la naturaleza esté al servicio del hombre y se le considere como un recurso más, alentado desde los primeros tiempos, por ideas y concepciones, incluso por la misma biblia de los cristianos, que en el génesis 1.26. menciona: “Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza; y señoree en los peces del mar, en las aves

de los cielos, en las bestias, en toda la tierra, y en todo animal que se arrastre sobre la tierra”, idea reforzada, por filósofos y pensadores de siglos posteriores.

La idea de que el hombre es el centro y el fin último del universo, ha sido rebatido por el desarrollo de las ciencias, ahora sabemos:

Que el universo tiene una grandeza que inspira vértigo y éxtasis, una grandeza accesible a la comprensión humana, sino también que nosotros formamos parte, en un sentido real y profundo, de este Cosmos, que nacimos de él y que nuestro destino depende íntimamente de él. Los acontecimientos humanos más básicos y las cosas más triviales están conectadas con el universo y sus orígenes (Sagan, 1987, p. XII).

No ocupamos un lugar especial en el universo. Nuestro propio planeta es una roca común, que gira alrededor de una estrella amarilla, ubicada en los suburbios de la vía láctea. La tierra es el hogar de la humanidad, nuestra casa común, por ahora la única con la que contamos y compartimos con el resto de las especies. No somos el centro del universo, somos parte de ella y tenemos el deber, como seres libres, de vivir en armonía con nuestro mundo y con los demás seres que la pueblan.

El antropocentrismo no es una licencia, para enseñorearse sobre la naturaleza, ni sobre los demás seres vivos, mucho menos para depredar y saquear, sino una idea rebatida, obsoleta y regresiva, que de pervivir en la conciencia individual o colectiva, genera conflictos con el entorno social y natural.

### **3.3. Interpretación y valoración de la naturaleza**

Una de las propuestas más controvertidas del Sumak Kawsay, es convertir a la naturaleza en sujeto de derechos, lamentablemente, no desde una perspectiva jurídica, sino más bien, como una propuesta de solución ante la grave crisis ambiental que atraviesa el mundo andino y en general nuestro planeta, de ahí nace su inconsistencia y la debilidad del planteamiento.

Como lo reconocen quienes propugnan esta tesis, “el telón de fondo sobre el que nacen los Derechos de la Naturaleza es, en gran medida, la emergencia planetaria frente a la destrucción de ecosistemas enteros” (Martínez, 2011, p. 7). El discurso sobre los derechos de la naturaleza, no se encuentra en el trabajo de juristas, salvo la excepción en el caso de Ramiro Ávila Santamaría, sino más bien de indígenas, economistas, ecologistas, filósofos y activistas de derecho humanos<sup>6</sup>.

Quienes escriben sobre la necesidad de dotar a la naturaleza de derechos, para nada se refieren al objeto del derecho, a la naturaleza del derecho, a la localización ontológica del derecho, al derecho objetivo y subjetivo, entre otros tópicos, que nos permitiría un debate jurídico al respecto.

El discurso sobre el tema tiene estos matices:

Para proveer bienestar a los humanos ahora debemos cambiar el modo y encontrar una nueva manera, y esa nueva manera es poner a los derechos de la naturaleza en primer término. Sobre la base de esos derechos de la naturaleza y la protección de la naturaleza, será posible que tengamos más agua limpia. Si nuestros ríos están más protegidos tendremos más agua para nosotros” (Shiva, 2011, p. 240).

En la misma línea, otro autor escribe: “los derechos de la Naturaleza son mucho más que una mera adición ambientalista... esos derechos implican un cambio radical en los conceptos de ambiente, el desarrollo y la justicia, entre otros”(Gudynas, 2011, p. 240).

#### **4. El neoconstitucionalismo**

##### **4.1. Cuestiones generales**

El neoconstitucionalismo, es una corriente de pensamiento, que tiene como idea central, la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, que se entiende según la expresión de Guastini (2001), como:

---

<sup>6</sup> Ver los trabajos de Alberto Acosta, Madgalena León, Luis Macas, Aníbal Quijano, Catherine Walsh, Vandana Shiva, Eduardo Gudynas, Nina Pacari, Esperanza Martínez, entre otros.

Un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales (p. 153).

Un determinado ordenamiento jurídico se encuentra “constitucionalizado”, si ha seguido ciertas condiciones necesarias para ello, entre las que Guastini (2001) anota las siguientes: a) una constitución rígida; b) la garantía jurisdiccional de la Constitución; c) la fuerza vinculante de la Constitución; d) La “sobre-interpretación” de la Constitución; e) La aplicación directa de las normas constitucionales; f) La aplicación conforme de las leyes; y, g) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (p. 154-163).

El neoconstitucionalismo, surge como respuesta, desde la *perspectiva Europea o del pensamiento crítico del “Norte”*, a la crisis del derecho y del Estado, que se origina por las siguientes causas: a) la expansión de la economía y el desarrollo de nuevas formas de explotación, discriminación y agresión; b) la ausencia de un derecho capaz de tutelar los derechos de las personas (anomia), donde prima la ley del más fuerte; c) la soberanía se encuentra severamente limitada, por acuerdos internacionales, impuesto por la superpotencia hegemónica (EEUU); y d) los estados se han desterritorializado y desnacionalizado. Según Ferrajoli, las consecuencias de este modelo, se reflejan en dos tipos de crisis: a) la credibilidad del derecho; e b) impotencia del derecho.

## **4.2. Condiciones para la constitucionalización del ordenamiento jurídico**

### **4.2.1. Una Constitución rígida**

En este caso la constitucionalización será más acentuada en aquellos ordenamientos en los que existan principios (tanto expresamente formulados como implícitos) que no puedan ser modificados en modo alguno, ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. A una Constitución más rígida corresponde un mayor efecto de “constitucionalización” de todo el ordenamiento.

Una constitución será rígida, en el caso de que las disposiciones de la misma, no tendrán la posibilidad de ser integradas, modificadas o derogadas, con facilidad o cierta flexibilidad, sino mediante procedimientos muy complejos, que requieran no sólo de mayorías calificadas o la participación del pueblo mediante un pronunciamiento expreso (referéndum).

#### **4.2.2. La garantía jurisdiccional de la Constitución**

La rigidez, para ser tal, debe poder imponerse frente a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico. Los modelos para llevar a cabo el control de constitucionalidad son muy variados y pueden analizarse a la vista de su mayor o menor efectividad. El control es ejercido normalmente, *a posteriori*, *in concreto* y por vía de excepción. Guastini distingue el modelo americano del modelo francés y del modelo continental europeo (Italia, España, Alemania, etcétera).

El control *a posteriori*, se ejerce sobre las leyes que se encuentran vigentes. “Esto quiere decir que este sistema no impide que una ley inconstitucional sea introducida en el ordenamiento y aplicada aún por un largo tiempo antes de que su ilegitimidad constitucional sea declarada por la Corte (y, se entiende, siempre que a la Corte se le ofrezca la ocasión de pronunciarse al respecto)” (Guastini, 2011, p. 153).

El control *in concreto*, consiste en que los jueces comunes no pueden elevar una cuestión frente a la Corte más que cuando deban aplicar la ley (de la cual se sospeche su ilegitimidad constitucional) a un caso concreto. Más precisamente, la cuestión no puede ser sometida a la Corte sino cuando sea “relevante” en el curso del proceso principal.

El control *por vía de excepción*, ocurre cuando las cuestiones de legitimidad constitucional surgen en la vía incidental en el curso de los procesos civiles, penales y administrativos.

#### **4.2.3. La fuerza vinculante de la Constitución**

Este punto se concreta a través de la idea de que las normas constitucionales (todas, con independencia de su estructura y de su contenido) son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios. Tradicionalmente, no se consideraban como vinculantes las normas

programáticas (entre ellas la doctrina tradicional solía ubicar las relativas a los derechos sociales) o los principios.

El proceso de constitucionalización supone dotar de contenido normativo a todas las disposiciones contenidas en la carta fundamental; desde luego, su fuerza normativa dependerá en mucho de la forma en que estén redactadas, de los alcances interpretativos que les haya dado la jurisdicción constitucional y de los ejercicios analíticos que hagan los teóricos, pero de lo que no debe quedar duda es de que las normas constitucionales son, ante todo y sobre todo, normas jurídicas aplicables y vinculantes, y no simples programas de acción política o catálogos de recomendaciones a los poderes públicos.

#### **4.2.4. La “sobre-interpretación” de la Constitución**

Dicha sobre-interpretación se produce cuando los intérpretes constitucionales (que son tanto los encargados de desempeñar la jurisdicción constitucional como los jueces ordinarios, los demás órganos del Estado y los juristas en general) no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la Constitución, sino que adoptan una interpretación extensiva, utilizando cuando sea posible el argumento a *simili*. A través de este tipo de interpretación, a la que se refiere también Guastini en varios de sus trabajos, se pueden extraer del texto constitucional innumerables normas implícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política y, por ende, idóneas también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico.

#### **4.2.5. La aplicación directa de las normas constitucionales**

Tiene que ver con dos cuestiones: a) el entendimiento de que la Constitución rige también a las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos; y b) que todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio. Estos dos aspectos no se encontraban en el constitucionalismo clásico, pero se han ido conquistando de forma paulatina en los años recientes tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucionales.

#### **4.2.6. La interpretación conforme de las leyes**

Esta condición no tiene que ver con la interpretación de la Constitución, sino con la interpretación de la ley. La interpretación conforme a la ley, se da cuando, al tener la posibilidad un juez de aplicar a un caso concreto la interpretación X1 de una ley o la interpretación X2, opta por la que sea más favorable para cumplir de mejor forma (de manera más completa) con algún mandato constitucional. Desde luego, la interpretación conforme también significa que, ante una interpretación de la ley que vulnera el texto constitucional u otra interpretación de la misma ley que no lo vulnera, el juez prefiere ésta última.

#### **4.2.7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas**

La última de las condiciones de constitucionalización del ordenamiento a las que se refiere Guastini consiste en una pluralidad de elementos entre los que se pueden mencionar los siguientes: a) que la Constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado (incluso entre órganos de los diversos niveles de gobierno en los Estados que sean federales o regionales), que permita a un órgano jurisdiccional resolverlos aplicando normas constitucionales; b) que los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de self restraint frente a lo que en alguna época se ha llamado las “political questions”, sino que todos los espacios del quehacer público del Estado sean reconducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional; y c) que las normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores políticos para argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno.

### **4.3. Caracterización de Neoconstitucionalismo**

Para caracterizar el neoconstitucionalismo, se debe enfocar desde tres aspectos. Un marco histórico, un marco filosófico y un marco teórico.

#### **4.3.1. El marco histórico**

El neoconstitucionalismo surge en Europa, después de la segunda guerra mundial, especialmente en Alemania y en Italia. “la principal referencia al desarrollo del nuevo derecho constitucional es la Ley Fundamental de Bonn (Constitución Alemana) de 1949, y, en especial, el surgimiento del Tribunal Constitucional Federal, instalado en 1951” (Barroso, 2008, p. 2). La otra referencia es la Constitución de Italia, de 1947 y su Corte

Constitucional en 1956. Las otras referencias, son las Constituciones de Portugal (1976) y de España (1978).

#### **4.3.2. El Marco filosófico**

No hay debate en torno a este aspecto y se considera, como marco filosófico del nuevo derecho constitucional al post-positivismo, que, a estas alturas de la historia, ofrecen dos paradigmas opuestos, pero que en ocasiones se complementan. “El post-positivismo intenta ir más allá de la legalidad estricta, pero no se olvida del derecho actual, intenta hacer una lectura moral del derecho, pero sin la necesidad de utilización de categorías metafísicas” (Barroso, 2008, p. 5).

#### **4.3.3. El Marco teórico.**

Según Barroso (2008):

Tres grandes transformaciones modificaron el conocimiento convencional en relación a la aplicación del derecho constitucional: a) el reconocimiento de fuerza normativa a la Constitución; b) la expansión de la jurisdicción constitucional, y c) el desarrollo de una nueva dogmática de la interpretación constitucional” (p. 5-6-).

La fuerza normativa de la Constitución, es uno de los grandes cambios que ocurrió, en el siglo XX, con la modificación del status de la norma constitucional, que pasó a ser considerada como norma jurídica. En la actualidad se le reconoce a la constitución su fuerza normativa, su carácter vinculatorio y obligatorio de sus disposiciones.

Al respecto Barroso (2008) señala, que, “las normas constitucionales están investidas de plena eficacia, que es la característica de las normas jurídicas, y su no observancia ha de movilizar los mecanismos propios de coacción, o sea, de cumplimiento forzado” (p. 7), obligatorio, a diferencia de las cartas anteriores, que tenían un carácter más político.

Sobre la expansión de la jurisdiccional constitucional, es necesario señalar, que los cambios comenzaron a ocurrir antes de mediados del siglo XX, donde todavía tenía vigencia el modelo de supremacía del Poder Legislativo, luego del cual se advierte en

diferentes países europeos, la entrada en vigencia del nuevo modelo: la supremacía de la Constitución. “La fórmula involucraba la constitucionalización de los derechos fundamentales, que así quedaban ajenos al proceso político mayoritario: su protección empezaba a ser responsabilidad del Poder Judicial” (Barroso, 2008, p. 8).

La nueva interpretación constitucional, no es otra cosa que la modalidad de la interpretación jurídica, donde se aplican los métodos tradicionales de la interpretación del derecho, como la interpretación gramatical, la interpretación histórica, la sistemática y el teleológico.

#### **4.4. El Neoconstitucionalismo transformador**

En latino américa el constitucionalismo recibe dos denominaciones: el constitucionalismo latinoamericano, que no es sino una adaptación del neoconstitucionalismo occidental europeo a suelo latinoamericano, al que también se le denomina *Ius Constitutionale Commune (derecho constitucional común) para América Latina*, que apunta a la transformación de la realidad política y social de América Latina para crear las condiciones sociales y políticas necesarias para hacer efectiva la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos (Bodgandy, p. 3-50) y constitucionalismo transformador, que tiene ciertas características peculiares, sin desligarse del constitucionalismo europeo y latinoamericano.

Mientras que el neoconstitucionalismo no es otra cosa que la teoría de los derechos fundamentales puesta en el centro de la teoría del derecho y el Estado, el neoconstitucionalismo “transformador”, además, pretende alterar la realidad, que es de exclusión, marginalidad y diseminación y la transformación de un sistema y una forma de vida “atomizada”, a una emancipación de las grandes mayorías de la población que no puede ejercer sus derechos y que el Estado le ofrece políticas paternalistas o simplemente represión penal.

El neoconstitucionalismo “transformador”, también es la corriente que, entre otras propuestas y en el aspecto jurídico, pretende “sustentar”, a la naturaleza como sujeto de derechos, por ello nuestro interés, en seguir su desarrollo. El concepto de constitucionalidad transformadora se conoce del constitucionalismo colombiano en el

marco de la nueva Constitución de 1991 y tiene como soporte la efectividad de los derechos humanos como uno de sus pilares fundamentales.

El constitucionalismo transformador, pretende asumir un rol protagónico en latinoamérica, por ello dice ser la expresión del Sur, en oposición al neoconstitucionalismo europeo o norteamericano o del Norte, que evidentemente se diferencian, por haberse sustentado en realidades diferentes y tener propuestas de solución igualmente diferenciados.

Para uno de los propulsores de este enfoque, el neoconstitucionalismo latinoamericano, que comienza con la constitución brasileña y luego la colombiana, que se caracterizan por reconocer nuevos derechos y en especial los derechos sociales; y en el caso del constitucionalismo andino, en particular a partir de las Constituciones boliviana y ecuatoriana, introducen, entre otros aspectos novedosos, la noción de pluriculturalidad, interculturalidad, la *Pachamama* y *el Sumak Kawsay*, que es una cosecha propia y una contribución a los avances europeos y latinoamericanos (Avila, 2011, p. 7).

#### **4.4.1. La crisis del derecho y del Estado**

Pueden existir muchas versiones de la crisis del derecho y del Estado actual, pero para este estudio nos interesa la versión de la perspectiva andina o del pensamiento crítico Andino, que tiene relación con la función del derecho y el estado en el mundo andino, en contextos de exclusión, marginalidad y discriminación.

Para la *perspectiva andina o del pensamiento crítico del “Sur”*, las causas de la crisis del derecho y del Estado, son las siguientes: a) se origina con la colonia (siglo XVI), y se mantiene en la actualidad la estructura política, económica, social y cultural que lo caracterizó, perdurando durante la república hasta nuestros días; b) la imposición del neoliberalismo (finales del siglo XX), con sus privatizaciones, la flexibilización laboral, la obligación del pago de la deuda externa, el arbitraje internacional, la apertura comercial, la obligación de la contracción del gasto público; c) la industrialización y tecnificación de los países del “norte” global, a costa de los países periféricos que sólo tienen el rol de aportar materia prima y fuerza de trabajo barato; d) el dominio y la explotación de la naturaleza, por la implementación de “políticas extractivistas”, que tratan a la naturaleza como fuente

inagotable de recursos, que deteriora grave e irreversiblemente el medio ambiente; e) el derecho y el estado colonial del siglo XXI es incapaz de eliminar la exclusión, marginación y discriminación. Para esta versión del neoconstitucionalismo, la crisis es de la estructura social, cultural y económica de lo que el derecho y el estado, es solo una manifestación (Avila, 2011, p. 35-52).

#### 4.4.2. **La propuesta de solución de la crisis**

El neoconstitucionalismo transformador, pretende ser una respuesta a “necesidades sentidas” particularmente en la realidad andina. Por ello descartan de plano una solución desde la perspectiva del neoconstitucionalismo europeo, que tiene una solución para problemas de su realidad.

Según esta perspectiva, el primer problema a resolver en la realidad andina, es del colonialismo o neocolonialismo, que persiste con formas de dominación, discriminación, explotación, sobre todo a poblaciones indígenas, cada vez más brutales y violentos, siendo este una premisa para la construcción de una teoría jurídica y un estado diferente.

El segundo gran problema a resolver es referente al modelo de Estado. En latino américa subsiste algo parecido a un estado de segregación y exclusión a poblaciones originarias y mayoritarias, siendo necesario establecer un estado plurinacional e intercultural, realizador del buen vivir o *sumak kausay*, sobre la base de una nueva teoría sobre la relación entre *Pachamama* y el ser humano.

En relación al derecho, se propugna que debe perfeccionar el derecho del estado nación, pero además permitir otras manifestaciones normativas e institucionales. En este contexto, plantean un estado de derechos, donde todo poder, público y privado está sometido a los derechos (Avila, 2011, p. 22).

## **CAPÍTULO V**

### **SUJETO DE DERECHO Y SU TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN CONSTITUCIONAL COMPARADA**

#### **1. Consideraciones generales**

Como sintetiza René David (1969), “el derecho comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un determinado país” (p. 7).

El derecho comparado obedece a que el ordenamiento jurídico difiere de un país a otro. Así, su estudio es necesario para apreciar tanto las diferencias y las semejanzas como los defectos y los aciertos de ese orden, esto con el fin de perfeccionar las instituciones de un país y, por ende, su sistema jurídico.

En este trabajo, es necesario recurrir al derecho comparado, para estudiar los sistemas comparados, en nuestro caso, la legislación constitucional comparada, tanto del ámbito latinoamericano como europeo y la vinculación que dentro de esa comparación de un aspecto que es objeto de estudio: el sujeto de derecho.

Se ha seleccionado las constituciones tanto de países europeos como latinoamericanos, que tienen una orientación común, un sustento, una perspectiva jurídica, el neoconstitucionalismo, en sus diferentes variantes, por ello, han sido tomadas en cuenta las principales constituciones de posguerra, en Europa después de 1945 y las latinoamericanas, que son más recientes, pero que han sido influenciadas por esta corriente.

## **2. Aspectos de la vinculación de Sujeto de Derecho, en las Constituciones europeas y americanas**

### **2.1. La Constitución de la República Italiana de 1947**

La Constitución Italiana fue aprobada a fines de 1947, y entró en vigencia en 1948. Es una Constitución rígida, el art.138 de la Constitución regula los procedimientos de reforma de las normas constitucionales: aprobación de una ley constitucional con dos votaciones por mayoría absoluta de los componentes de las dos Cámaras con una diferencia de tres meses. Es posible exigir un referéndum confirmativo. No es necesario referéndum si la ley ha sido aprobada en segunda lectura por la mayoría de dos tercios de los componentes de las dos Cámaras.

El catálogo de los derechos, se divide en cuatro partes, la primera se titula de las “Relaciones Civiles” (Art. 13 a 28), la segunda lleva por nombre “Relaciones Ético-Sociales” (Art. 29 a 34), la tercera se titula de las “Relaciones Económicas” (Art. 35 a 47) y la cuarta lleva por nombre de las “Relaciones Políticas” (Art. 48 a 54).

La persona en la Constitución italiana, es reconocida como sujeto de derecho que libremente desarrolla la propia personalidad, determinándose ya sea como individuo o a través de las redes interpersonales, asociativas o comunitarias en que está inmersa. Es la persona la que se desenvuelve libremente en los diferentes aspectos de la vida social.

### **2.2. La Ley Fundamental de Bonn de 1949**

La Ley Fundamental de Bonn fue el nombre utilizado para designar la Constitución promulgada el 22 de mayo de 1949 para Alemania Occidental. Fue redactada por el *Parlamentarischer Rat* (Consejo Parlamentario Alemán), un órgano de 65 miembros nombrados por los gobiernos de los once estados federados de la Alemania Occidental, a instrucción del mando militar de las zonas de ocupación estadounidense. El 8 de mayo de 1949, el *Parlamentarischer Rat* aprobó la Ley Fundamental con mayoría absoluta.

Es una de las primeras constituciones vigentes, después de la segunda mundial, se caracteriza por el ideario de un estado social y democrático de derecho y por la sujeción de todo poder estatal a los derechos fundamentales, por ello se menciona que es una de las

primeras inspirada en la corriente neoconstitucionalista. Se caracteriza por ser una Ley rígida, sobre todo en lo relacionado a los derechos fundamentales (Art. 79).

El sujeto de derecho en la Ley fundamental, es la persona humana, única y exclusivamente. La persona humana, es la destinataria de los derechos fundamentales (Art. 1), la libertad de la persona es inviolable (Art. 2.2.) y se enumera un catálogo de los derechos fundamentales.

La Ley Fundamental<sup>7</sup>, en su artículo 20, regula aspectos relacionados con la protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales. No hay duda, de que esos fundamentos de la vida y de los animales, son el medio ambiente o la naturaleza, pero la protección es desde una perspectiva humana y de alcance para los ciudadanos alemanes o las personas, pero no asignándole derechos ni deberes a la naturaleza. La función protectora se le asigna al Estado alemán.

### **2.3. La Constitución Portuguesa de 1976**

La Constitución Portuguesa de 1976, se caracteriza por ser una constitución rígida, las revisiones constitucionales se rigen por el título II de la parte IV de la constitución. El artículo 285 señala que la “iniciativa de la revisión corresponde a los diputados” y el artículo 286.1 indica que “Las enmiendas a la Constitución se aprueban por mayoría de dos tercios de los Diputados en el ejercicio efectivo de sus funciones”. El artículo 284.1 pone un límite temporal a la revisión.

De hecho, afirma que “La Asamblea de la República puede revisar la Constitución una vez transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación de la última ley de revisión ordinaria”. Sin embargo, el punto 284.2 indica que ese plazo puede verse modificado ya que “La Asamblea de la República puede, sin embargo, asumir en cualquier momento facultades de revisión extraordinaria por mayoría de cuatro quintas partes de los Diputados en el ejercicio efectivo de sus funciones”.

---

<sup>7</sup> Artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn. “El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial.

El sujeto de derecho que reconoce la constitución portuguesa, son las personas naturales y las personas jurídicas (Art. 12), por lo menos a nivel constitucional, probablemente normas de rango inferior, regularán aspectos relativos a la categorización de estas personas.

Como las constituciones del período denominado neoconstitucional, Portugal se declara como un estado de derecho democrático, sometido a la constitución (Art. 3.2.) y tienen un amplio catálogo de los denominados derechos fundamentales, que es el sustento de la libertad de la persona humana.

#### **2.4. La Constitución Española de 1978**

Sin desentonar con la inspiración neoconstitucionalista, la Constitución Española de 1978, opta por una estado social y democrático de derecho. Como es la característica común, de las constituciones de posguerra, es rígida y su reforma requiere un procedimiento complejo y difícil, que exige mayorías cualificadas en las Cortes y que permite su ratificación a través de Referéndum si lo solicita un pequeño grupo de diputados o senadores.

Sanciona el sometimiento a la Constitución y al ordenamiento jurídico (Art. 9.1.) “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. También es otra de las características de las cartas del neoconstitucionalismo, al que se agrega la existencia de Tribunales, que ejerzan el control de la constitucionalidad de las leyes (Art. 159).

La Constitución Española de 1978, reconoce a la persona humana y la persona jurídica, como sujeto de derecho. Un catálogo de derechos respalda su existencia como persona y garantiza su libertad. No hay posibilidad dentro de esta Carta, para reconocer como sujeto de derechos a otros entes que no sean personas.

#### **2.5. La Constitución Brasileña de 1988**

Formulada y promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1988, formó el régimen político. Mantuvo el gobierno presidencial, asegurando que fueran elegidos por el

pueblo en votación directa y secreta, el Presidente, los Gobernadores de los Estados, los alcaldes municipales y los representantes del poder legislativo, así como la independencia y la armonía de los poderes constituidos. Amplió los derechos sociales y las atribuciones del poder público, cambió la división administrativa del país que pasó a tener 26 estados y un distrito federal. Se estableció un orden económico basado en la función social de la propiedad y la libre empresa, limitada por la intervención del Estado.

La Constitución Brasileña de 1988, es una carta extensa, hace constar la "dignidad de la persona humana" y la "primacía de los derechos humanos" entre los principios esenciales en los que se funda la República Federativa de Brasil, en su calidad de Estado democrático de derecho.

El principio de primacía de los derechos humanos está presente en los diversos capítulos y disposiciones del texto constitucional y se tutela un extenso número de derechos y garantías individuales, colectivos, sociales, de nacionalidad, políticos y relativos a los partidos políticos.

En la Constitución Brasileña de 1988, se reconoce como sujeto de derecho, a la persona humana, no habiendo intentado ir más allá, como algunas constituciones de la región, sobre todo la venezolana, la boliviana y la ecuatoriana, que se encuentran inspiradas por el denominado neoconstitucionalismo transformador.

## **2.6. La Constitución Colombiana de 1991**

La Constitución colombiana de 1991, es reconocida como la primera manifestación constituyente que define un punto de inflexión no solo latinoamericana, sino mundial. En la Constitución colombiana aparecen, aún de forma imperfecta pero claramente reconocibles, algunos rasgos novedosos y diferenciados con respecto al constitucionalismo clásico, que más tarde impregnarán y serán desarrollados por los procesos constituyentes ecuatoriano de 1998, venezolano de 1999, boliviano del 2006-2009 y, de nuevo, Ecuador en el 2007-2008.

La Constitución colombiana de 1991, es el punto de inicio del nuevo constitucionalismo en el continente, y estos son los dos rasgos que lo diferencian: El

primero se refiere a los rasgos procedimentales, estos serán procesos donde el pueblo participa mediante referendo, lo que lo legitima, por tratarse del ejercicio de soberanía popular y del poder constituyente, mediante la elección libre y democrática de una Asamblea Constituyente, cuyas funciones es la de redactar de un proyecto de Constitución, que luego debe someterse a ratificación popular. El segundo, son rasgos de contenido, por cuanto estas constituciones recogen un conjunto de preceptos innovadores, que los diferencian de las Constituciones anteriores.

La Constitución Colombiana de 1991 introduce una larga lista de derechos. Esta no solo reconoce muchos derechos que no estaban constitucionalizados anteriormente, especialmente derechos sociales, económicos y culturales, y derechos colectivos, sino que, además, otorga a cada uno de ellos un mayor desarrollo en su contenido, así como de sus indicadores y del papel del Estado para el logro de su satisfacción.

De acuerdo al Título XIII, de la Reforma de la Constitución, la Constitución Colombiana, es rígida, pudiendo ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo (Art. 374) y de acuerdo al procedimiento establecido.

El sujeto de derecho, objeto de regulación por la Constitución Colombiana, es la persona humana, individual o colectivamente considerada. No reconoce a otros entes, como los demás seres vivos o la naturaleza, como sujeto de derechos.

### **2.7. La Constitución Venezolana de 1999**

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es la Ley fundamental del país. En ella se generan las instituciones, derechos y deberes fundamentales. Fue redactado por la Asamblea Constituyente de Venezuela, constituida por 128 constituyentes, elegidos por votación popular con ese objetivo fundamental. Se sometió a consulta popular su aprobación, por primera vez en toda la historia de Venezuela, el 15 de diciembre de 1999, recibiendo la aprobación con el 71,21% de los votos (2.820.556), el rechazo del 28,79% (1.141.792), y con la abstención del 54,06% (4.876.782).

Lo primero que destaca en la Constitución Venezolana de 1999, es su extensión, 350 artículos. Responde a la corriente predominante en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo, de textos extensos e inevitablemente detallistas. Es una Constitución principista, que a lo largo de su articulado no sólo se reiteran, sino que se suman prolijamente nuevos principios y valores. Los venezolanos con esta Constitución gozarán de toda clase de derechos, por añadidura de aplicación inmediata.

Otro de los rasgos, de la Constitución de 1999 es, sin duda, una Constitución genuinamente democrática, gracias a la cual los ciudadanos mediante el referéndum deciden su destino colectivo como nación. La Constitución de 1999 es una Constitución bolivariana, tanto por su denominación como por la jerarquización en su artículo primero de “la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador”.

La Constitución de Venezuela, en su Título III, Capítulo VIII, establece el reconocimiento a la existencia y los derechos de los Pueblos Indígenas. En los artículos 19 y 20, reconoce su propiedad sobre sus hábitats, ambientes y tierras. En el Art.124, prohíbe expresamente toda patente sobre su biodiversidad. En el Art. 125 establece cuotas mínimas obligatorias de representación política para los pueblos indígenas en las instituciones nacionales, pero no se aventura ir más allá en torno al reconocimiento de derechos de la naturaleza.

Lo que sí ha regulado, son aspectos relacionados con el Medio Ambiente, al que le dedica el Capítulo IX, De los Derechos Ambientales, en cuyo artículo 127, obliga a las personas y cada generación “proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro”, por otro lado, obliga al mismo Estado, proteger el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, imponiendo la prohibición de la patente del genoma vivo de los seres vivos.

En la Constitución Venezolana de 1999, se reconoce expresamente a la persona humana, como el sujeto de derecho por excelencia, persona que tiene asegurada su libertad por el reconocimiento de los otros derechos fundamentales y que la carta recoge en su extenso catálogo.

## **2.8. La Constitución Ecuatoriana de 2008**

La Constitución Ecuatoriana de 2008, es el punto de quiebre, del Constitucionalismo Latinoamericano. Dentro de la clasificación de las Constituciones, se señala que compatibiliza con el “modelo post-moderno” “un constitucionalismo que sea (1) decolonizador, (2) igualitarista-distribuidor, (3) que contenga en sí mismo todas las posibilidades de luchas emancipadoras y (4) que tenga como centro la protección de los más expuestos a los abusos tradicionales del poder: los seres humanos y la naturaleza” (Avila, 2011, p. 93-94). Las características mencionadas, se encuentran en su preámbulo y en el texto de la Constitución.

En el artículo 1 de la Constitución de 2008, el Ecuador se proclama como “un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”. Cuando se hace mención al “Estado constitucional de derechos”, ya estamos en el terreno del Neoconstitucionalismo Transformador, que marca sus diferencias, tanto del Neoconstitucionalismo de tinte europeo como del latinoamericano.

En el Estado Constitucional de Derechos, aparece una terminología que no se usa generalmente, sino el de estado constitucional de derecho, pero el Ecuador al introducir la denominación de “estados de derechos”, pretende marcar diferencias. “El estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado” (Avila, 2011, 123).

En relación a la pluralidad jurídica, “los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican: (1) la autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales), (2) las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedentes internacionales), (3) el ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio, (4) las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y, finalmente, (5) la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos” (Avila, 2011, 123).

Sobre la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado, según Avila (2011) “es que el fin del estado es el reconocimiento, promoción, garantía de los derechos constitucionalmente establecidos” (p. 135). En el Estado de derechos los puntos de referencia y análisis tienen un cambio radical. El Estado está sometido a los derechos, y el derecho de que de éste emana están sometidos a los derechos de las personas y las colectividades. El punto de referencia ya no es el Estado sino el poder. Todo poder que pueda vulnerar o vulnerar los derechos humanos está limitado y vinculado por los derechos. Toda función del Estado está limitada por los derechos.

La constitución de Ecuador que según sus mentores ha cambiado de paradigma, reconoce como sujeto de derecho, no sólo a la persona, sino también a la naturaleza. En el artículo 10 de la Constitución Ecuatoriana, se establece con claridad este precepto: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales” y en el segundo párrafo de dicho artículo se establece. “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”.

El Artículo 14 de la Constitución Ecuatoriana, “reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el Buen Vivir, Sumak Kawsay. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados”.

Y en el artículo 71, se establece: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema”.

## **2.9. La Constitución Boliviana de 2009**

La Constitución Boliviana de 2009, ha sido dictado siguiendo los lineamientos del nuevo paradigma, el neoconstitucionalismo transformador, de allí su proclama: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país” (Art. 1).

En el Preámbulo de la Constitución, Bolivia se declara “una Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos”.

El modelo económico boliviano de acuerdo a la Constitución de 2009, es plural, constituido por tres formas de organización económica (comunitaria, estatal y privada), con igualdad jurídica ante la ley. El Estado Plurinacional Comunitario tiene como máximo valor al ser humano.

La economía plural articula las tres formas de organización económica sobre los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia. Estas formas de organización económica tienen la obligación de generar trabajo digno, contribuir a la reducción de las desigualdades y a la erradicación de la pobreza, y proteger el medio ambiente.

En la Constitución Boliviana, una y otra vez se reitera “el camino de la liberación y restituir su forma de vida en armonía y reciprocidad con los demás y la madre naturaleza”. El concepto y trato a la naturaleza, a lo largo de todo el texto constitucional, refleja el cambio de paradigma, que se advierte en las constituciones de Venezuela, Ecuador y el de Bolivia, con un acento más marcado que en las otras constituciones latinoamericanas.

En el Título VIII, de las Relaciones Internacionales, Fronteras, Integración y Reinvidicación Marítima, (Art. 255.7), se establece la “Armonía con la naturaleza, defensa de la biodiversidad, y prohibición de formas de apropiación privada para el uso y explotación exclusiva de plantas, animales, microorganismos y cualquier materia viva”. La armonía con la naturaleza, se vuelve a repetir, en el art. 311.2.3, y el Art. 403.1.

Finalmente, en relación al sujeto de derecho, la Constitución Boliviana, no ha adoptado la misma posición que la Constitución Ecuatoriana, reconociendo a nivel constitucional, a la apersona natural y jurídica como tal, lo que se desprende del texto, artículo 14.1. numero V “Las leyes bolivianas se aplican a todas las personas, naturales o jurídicas”.

### **3. Contrastación de los sistemas comparados**

Las constituciones dictadas bajo el signo del neoconstitucionalismo, sea el europeo o de la Perspectiva del Norte, del neoconstitucionalismo latinoamericano o de la perspectiva del Sur y del denominado neoconstitucionalismo transformador, han recogido las propuestas y aspiraciones de cada sociedad e indudablemente los avances y aportes teóricos en materia jurídica.

Las constituciones tanto europeas como latinoamericanas que hemos estudiado, han seguido la guía u orientación del neoconstitucionalismo en sus aspectos principistas, y se puede advertir en todos ellos, que se fundan en un amplio catálogo de los derechos fundamentales y no podía ser de otra manera, teniendo en cuenta que se había salido de una segunda conflagración mundial, donde los derechos fundamentales de las personas, logradas tras largas luchas, se habían transgredido sin ninguna consideración.

Y no podía faltar el otro ingrediente, la rigidez de la Constitución, donde todas las constituciones estudiadas, han puesto llaves, candados y demás mecanismos, para no posibilitar que las cartas sean cambiadas o modificadas, de acuerdo al capricho o interés de las clases gobernantes, lo que se justifica por la precariedad de nuestros sistemas, sobre todo en latino américa.

Del mismo modo se advierte, que las constituciones estudiadas, han tenido el cuidado de regular, tribunales que velen por la constitucionalidad de las leyes y demás normas del sistema jurídico, con denominaciones diversas, pero que en el fondo tienen el mismo objeto, todo ello siguiendo el patrón impuesto por el neoconstitucionalismo.

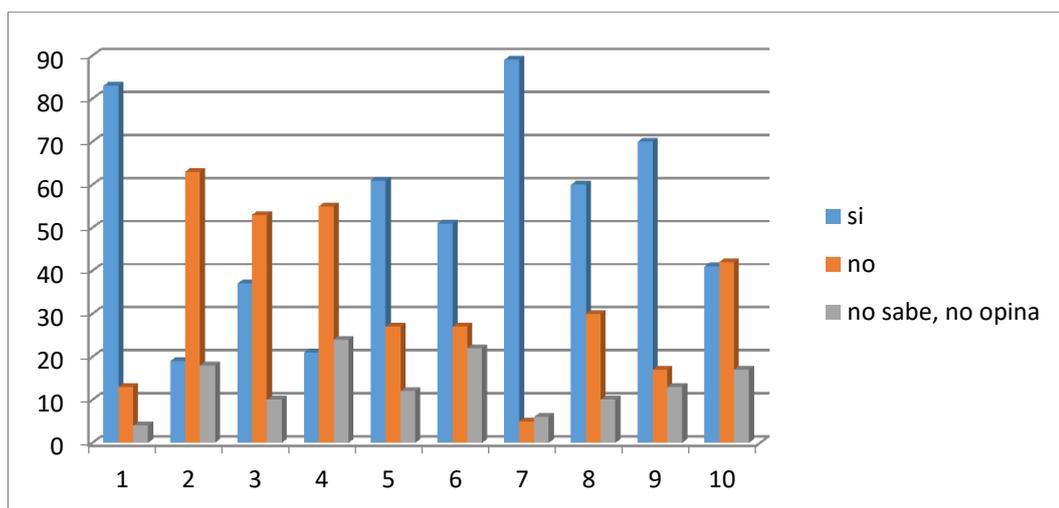
De las nueve constituciones europeas y latinoamericanas estudiadas, sobre el sujeto de derecho, sólo hemos encontrado una excepción, es la Constitución Ecuatoriana, que ha considerado como tal al igual que las demás a la persona humana, pero además a la naturaleza. Lo que significa que, a nivel mundial, la tendencia es abrumadora y que sujeto de derecho sólo puede ser la persona humana, y vuelvo a citar aquella frase del maestro Sanmarquino Carlos Fernández Sessarego, cuando sostiene que la persona es el “creador, protagonista y destinatario del derecho”, frase que se sustenta en el estudio científico del derecho, de su objeto, su finalidad y su localización ontológica.

### TÍTULO III

## ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

### 1. Descripción de resultados

#### 1.1. Análisis de las Encuestas (Cuadro N° 01)



De acuerdo a los estudios de opinión, aplicado a los estudiantes de derecho de los últimos ciclos y abogados, los encuestados opinan en general que efectivamente los seres humanos estamos enfrentando una seria crisis ambiental, que afectaría nuestra propia especie, estando de acuerdo que se adopten medidas para evitar o mitigar sus efectos.

Según la segunda pregunta formulada, los encuestados no consideran pertinente, que la solución a la crisis ambiental, sea considerando a la naturaleza como sujeto de derecho. Tópicos como la localización ontológica del derecho, aún le son extraños, a los abogados y

estudiantes de derecho. Empero, están de acuerdo, que el derecho es un producto eminentemente humano, un producto cultural. Preguntas tres y cuatro.

Sobre el objeto del derecho, que son temas tratados en las preguntas cinco y seis, hay una tendencia de que las propuestas unidimensionales, han pasado de moda definitivamente, imponiéndose como respuesta, la teoría tridimensional del derecho, cuyo objeto del derecho es la vida humana social, el valor y la norma.

La pregunta siete, confirma la tendencia de considerar, que el derecho ha sido creado por el ser humano para regular la conducta humana intersubjetiva, descartando cualquier posibilidad de que el derecho sea destinado para regular la conducta de otros entes, que lo que se pretende cuando se propone considerar a la naturaleza como sujeto de derechos.

Las preguntas ocho, nueve y diez, refuerza la tesis de que la solución de un problema generado por el ser humano, no se puede trasladar a otros entes. Sutilmente, con la pretensión de darle derechos a la naturaleza, lo que estamos haciendo los seres humanos, es evadirnos de nuestra responsabilidad como causantes de la crisis ambiental y es más, aunque es tema de otros estudios, le estamos librando de la responsabilidad de ser los causantes de la crisis ambiental, a los Estados y grandes empresas transnacionales.

## 1.2. Cuadro Estadístico de las Constituciones Neoconstitucionales de Europa y Latinoamérica.

**CUADRO ESTADÍSTICO (Cuadro N° 02)**

CONSTITUCIONES QUE RECONOCEN COMO SUJETO DE DERECHO A LA PERSONA Y LA NATURALEZA			
PAIS	NORMA	AÑO	SUJETO DE DERECHO
ITALIA	CONSTITUCION REPUBLICA ITALIANA	1947	PERSONA
ALEMANIA	LEY FUNDAMENTAL	1949	PERSONA
PORTUGAL	CONSTITUCION POLITICA	1976	PERSONA
ESPAÑA	CONSTITUCION POLITICA	1978	PERSONA
BRASIL	CONSTITUCION POLITICA	1988	PERSONA
COLOMBIA	CONSTITUCION POLITICA	1991	PERSONA
VENEZUELA	CONSTITUCION POLITICA	1999	PERSONA
ECUADOR	CONSTITUCION POLITICA	2008	PERSONA/NATURALEZA
BOLIVIA	CONSTITUCION POLITICA	2009	PERSONA

## 2. **Contrastación de hipótesis**

Al concluir el desarrollo del presente trabajo de investigación y expuesta en forma resumida la información doctrinaria, el derecho comparado, las encuestas aplicadas, se ha demostrado las hipótesis de trabajo, las mismas que se habían planteado al inicio de la investigación, como una respuesta tentativa y provisional a la misma.

1.1. Para la doctrina, el derecho, desde la localización ontológica del derecho, éste es un producto cultural, no trasciende al ser humano ni a la sociedad, regula la conducta intersubjetiva de los seres humanos, sin seres humanos no existe el derecho, en tanto la naturaleza, es un objeto óntico, cuya existencia es independiente de la existencia del ser humano, externo a él, al margen del hombre y está regulado por sus propias leyes causales. La naturaleza no necesita de normas, muchos menos de derechos ni de obligaciones, como entendemos los seres humanos, para darle un cauce o un sentido a su existencia. Por su naturaleza óntica, no se le puede asignar derechos, ya que carece de todo sentido, toda vez que el derecho regula conductas intersubjetivas y lo que el hombre debe buscar en su afán de evitar o mitigar la crisis ambiental, no es dotarle de derechos al sol, a las estrellas o a la tierra, sino regular adecuadamente su conducta, para que respete el medio ambiente, lo que eventualmente viene a ser el hogar de la humanidad.

Con lo que la doctrina sustenta sobre la localización ontológica del derecho, las Encuestas (Cuadro N° 01) y el Cuadro Estadístico de las Constituciones Neoconstitucionales de Europa y Latinoamérica (Cuadro N° 02), se valida la hipótesis general que literalmente señala: La naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho.

1.2. Para la teoría tridimensional del derecho, la articulación entre la vida humana social, normas y valores, no pueden estar ausentes, ninguno de estos tres elementos por sí solo es el objeto de conocimiento y estudio del derecho. No siendo posible integrar a esta teoría otros elementos como la naturaleza u otros seres vivos. La doctrina sostiene además que la condición de sujeto de derecho le corresponde única y exclusivamente al ser humano y “un animal (por más genes humanos y teoría mental que

posea) no es consciente ni de su libertad, ni de su responsabilidad”. El derecho ha sido creado por el hombre, para proteger lo más preciado de él, su libertad, sustento y posibilitador de su vida y es lo que diferencia al hombre del resto de los animales y seres vivos.

Con lo expuesto por la teoría tridimensional del derecho, el sujeto de derecho en la historia humana y su tratamiento en la legislación, se valida la hipótesis específica que literalmente señala: La naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo a la teoría tridimensional del derecho.

1.3. El neoconstitucionalismo es una corriente de pensamiento que tiene como idea central, la constitucionalización del ordenamiento jurídico, que se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales. Los derechos fundamentales, que son la piedra de toque del neoconstitucionalismo, regula los derechos para las personas y no para los objetos. La otra vertiente del neoconstitucionalismo latinoamericano, es el denominado “constitucionalismo transformador”, que pretende asumir un rol protagónico en Latinoamérica e introducir aspectos novedosos como la pluriculturalidad, interculturalidad, la *Pachamama* y el *Sumak Kausay*, empero, no aporta en el propósito de convertir a la naturaleza como sujeto de derecho desde una perspectiva jurídica.

Con lo expuesto por la doctrina neoconstitucional y el análisis de nueve constituciones representativas (Cuadro N° 02), entre europeas y latinoamericanas, arrojan un saldo negativo para las aspiraciones de quienes pretenden dotar de derechos a la naturaleza, validándose la hipótesis específica siguiente: La naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo al neoconstitucionalismo.

1.4. El Buen Vivir o Sumak Kausay, es la cosmovisión ancestral de la vida de los pueblos indígenas sudamericanos, propugna en suma que todos debemos vivir en armonía con la naturaleza, ya que los seres humanos formamos parte de una unidad con

todos los demás elementos del cosmos. Estos buenos propósitos, se sustentan en principios milenarios y fundamentales, que sólo se toma de la naturaleza lo necesario, y se antepone a la orgía extractivista del mundo moderno. El Sumak Kawsay y la Filosofía Andina, esta última por su debilidad o fragilidad de su postura y sus graves inconsistencias, no son las bases idóneas, para sustentar la tesis de los derechos de la naturaleza.

Con lo expuesto por la corriente del Sumak Kawsay y la Filosofía Andina, se válida la hipótesis específica siguiente: La naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo al Sumak Kawsay y la Filosofía Andina.

## **TÍTULO IV**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **1. Conclusiones**

1.1. En conclusión, se ha evidenciado que la naturaleza, válidamente no puede ser considerada como sujeto de derecho, estudiado desde localización ontológica del derecho, por tratarse de un objeto óntico, cuya existencia es independiente de la existencia del ser humano, externo a él, al margen del hombre y está regulado por sus propias leyes causales. No necesita de normas, muchos menos de derechos ni de obligaciones, como entendemos los seres humanos, para darle un cauce o un sentido a su existencia. Por su naturaleza óntica, no se le puede asignar derechos, ya que carece de todo sentido, toda vez que el derecho regula conductas intersubjetivas y lo que hombre debe buscar en su afán de evitar la crisis ambiental, no es dotarle de derechos al sol, a las estrellas o a la tierra, sino regular adecuadamente su conducta y respetar su entorno natural, lo que eventualmente viene a ser el hogar de la humanidad. No se puede trasladar un problema humano a un ente natural y justificar una crisis generada por sus propios excesos.

1.2. Se ha evidenciado, que la naturaleza desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo a la teoría tridimensional del derecho, no se le puede considerar como sujeto de derecho, toda vez que la persona es el “creador, protagonista y destinatario del derecho”. El objeto del derecho es la vida humana social, los valores y las normas, ninguno de estos tres elementos es, por sí solo el derecho. El derecho que ha sido creado por el hombre, es para proteger lo más preciado de él, su libertad, sustento y posibilitador de su vida y es al final de cuentas, lo que diferencia al hombre del resto de los animales y seres

vivos. La naturaleza, entendida como el mundo externo: ríos, plantas, mares, árboles, estrellas, galaxias, etc. para que se le atribuya derechos tal y como está estructurado, tendrían que reunir otra condición: ser un ser libre, lo que no es razonable tal y como se encuentra estructurado actualmente nuestro universo.

1.3. Se ha evidenciado que la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo al neoconstitucionalismo, que no es más que el constitucionalismo remozado, que pretende constitucionalizar el ordenamiento jurídico, desde sus bases teóricas y no justifica, para que la naturaleza se considere sujeto de derecho. El análisis de nueve constituciones representativas, entre europeas y latinoamericanas, arrojan un saldo negativo para las aspiraciones de quienes pretenden dotar de derechos a la naturaleza. Los derechos fundamentales, que son la piedra de toque del neoconstitucionalismo, regulan los derechos de las personas y no de los objetos.

1.4. Se ha evidenciado que la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo a las corrientes del Sumak Kawsay y la Filosofía Andina. El Sumak Kawsay, que es la cosmovisión, de los pueblos indígenas sudamericanos, lejos de sustentar el derecho de la naturaleza, es un jalón, para que los seres humanos que somos parte de una unidad con todos los demás elementos del cosmos, debemos procurar vivir en armonía con la naturaleza. Estos buenos propósitos, se sustentan en principios milenarios y fundamentales, que sólo se toma de la naturaleza lo necesario, y se antepone a la orgía extractivista del mundo moderno. El Sumak Kawsay y la Filosofía Andina, esta última por su debilidad o fragilidad de su postura y sus graves inconsistencias, no son las bases idóneas, para sustentar el derecho de la naturaleza o los derechos de la naturaleza.

## **2. Recomendaciones**

2.1. Todos somos conscientes de que vivimos una época peculiar, con amenazas desde diversos ángulos para la existencia humana. Una de esas amenazas es la crisis ambiental, al que queremos encarar desde diversas perspectivas, pero ello nos obliga a todos los seres humanos, a hacerlo dentro de ciertos parámetros, sin excedernos, ni crear falsas expectativas, ni aprovecharnos de la buena fe de las personas e instituciones. No es

pertinente buscar la solución, a un problema, con argumentos que se desdican de la realidad o los hechos.

2.2. Dado el objeto y la finalidad del derecho, no es posible jurídicamente asignarles derechos a las cosas, a los objetos, a los otros entes, que no sean seres humanos. La solución a la crisis ambiental, se debe buscar, no sólo con una legislación que cautele nuestro entorno natural, de la acción de las grandes y pequeñas empresas y de los Estados que más contaminan el medio ambiente, sino además con políticas de Estado, que comprometan a los ciudadanos.

2.3. En un desafío para los estudiosos del derecho, proteger nuestro medio ambiente, los ecosistemas y toda forma de vida, sin recurrir a falacias, contribuyendo a una transformación cultural que conduzca a una nueva relación hombre-naturaleza.

## REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Acosta, A. y Martínez, E. (2011) comp, *La naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*. Quito: Edic. Abya-Yala.

Albadalejo, M. (2002) *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Barcelona: Bosch

Alzamora, M. (1987) *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 10ª. Edic. Lima: Eddili.

Gálvez, A. (2016) Una breve aproximación histórica a la escuela de la exégesis y conclusiones a los que nos ha llevado la codificación, en *Revista Ars Iuris del Instituto Panamericano de Jurisprudencia*, Facultad de Derecho, México D.F. N° 51 (2016).

Ávila, R. (2011). El derecho de la Naturaleza: fundamentos. En A. Acosta y E. Martínez, (comp.) *La Naturaleza con Derechos. De la Filosofía a la Política*.(pp. 173-238) Quito: Abya-Yala, 2011.

Ávila, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador*. Quito: Abya-Yala.

Barroso, L. (2008) *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*. México: UNAM.

Basadre, J. (1983) *Historia de la República del Perú 1822-1933*, Tomo I, 7ª Ed. Lima: Universitaria.

Basadre, J. (1983) *Historia de la República del Perú 1823-1933*. Tomo 9, 7ª. Ed. Lima: Universitaria.

Blasi, F. (2009) ¿Cuál es el status jurídico del embrión humano?. En C. Calderón, M. Zapata y C. Agurto (coord.) *Persona, Derecho y Libertad*. Escritos en homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. (pp. 95-120) Lima: Motivensa.

Bobbio, N. (2007) *El problema del positivismo jurídico*. México D.F.: Fontamara.

Bogdandy, A. “Ius Constitutionale Commune” en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador” *Revista Derecho Del Estado*, n.º 34 (julio). 3-50, Recuperado el 19 de Marzo 2019 de <https://doi.org/10.18601/01229893.n34.01>.

Botero B. (2015) El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX. En J. Fabra y A. Nuñez (ed.) *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Vol. Uno. (pp. 63-170) México: UNAM.

Cáceres, E. (2000) *¿Qué es el derecho? Iniciación a una concepción lingüística*. México D.F: UNAM.

Carmona, M. (2015) *Derechos del medio ambiente*. México D.F.: UNAM.

Carpio, P. (2009) El Buen Vivir, más allá del desarrollo, en A. Acosta y E. Martínez, *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*. (pp. 115-148). Quito: Abya-Yala.

Cifuentes, S. (1999). *Elementos del Derecho Civil*. Parte General, 4ta. Edición. Buenos Aires: Astrea.

Cornejo, H. *Derecho Familiar Peruano*. Tomo I, 8° Edición. Lima: Studium

Cossio, C. (1980) “La racionalidad del ente: lo óntico y lo ontológico”, en *Estudios en honor del doctor Luis Recasens Siches*, Tomo I. México: UNAM.

David, R. (1969) *Los grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Madrid: Ediciones Gráficas.

Espinoza, J. (2012) *Derecho de las Personas*. Vol. 1. Lima: Grijley.

Espinoza, J. (2014) *Derecho de las Personas. Personas Jurídicas y Organizaciones de Personas No Inscritas*. 7ª. Edición. Lima: Instituto Pacífico.

Estermann, J. (2002) *Curso Integral de Filosofía desde América Latina*, 2ª. Edición. Quito: Abya-Yala.

Estermann, J. (2009) *Filosofía Andina, sabiduría indígena para un mundo nuevo*. La Paz: Instituto Superior Ecuménico de Teología.

Fernández, C. (2011). Breves reflexiones sobre el objeto de estudio y la finalidad del derecho. *Revista Themis*, N° 60.

Fernández, C. (2009) *Derechos de las Personas*. Lima: Edit. Grijley.

Fernández, C. (2017) *El Derecho como Libertad. La teoría Tridimensional del Derecho*. 4ª Edic. Lima: Motivensa.

Fernández, C. (1986). Estudio Preliminar Comparativo de algunos aspectos del Código Civil peruano de 1984 en relación con el Código Civil Italiano de 1942, en *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional jurídico latinoamericano, celebrado en Lima del 9 al 11 de Agosto de 1985. Lima: Cultural Cuzco.

Fernández, C. (2002) ¿Qué es persona para el derecho?, *Revista, Dike*, PUCP.

Flores, I. (2015) La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XXX, N° 90, Setiembre-Diciembre de 1997, México, (pp. 1001-1036) DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.1997.90>

Flores, L. (2015) *Temas actuales de los derechos humanos de última generación*. Puebla: Universidad Autónoma de Puebla.

Garnsey, P. y Saller R. (1991) *El imperio romano. Economía, sociedad y cultura*. Barcelona: Crítica.

Guastini, R. (2001) *Estudios de Teoría Constitucional*. México: IEJ.

Gudynas, E. (2011) Buen Vivir: Germinando alternativas al desarrollo, *Revista América Latina en Movimiento*, ALAI, N° 462.

Gudynas, E. (2014) *Derechos de la Naturaleza, ética biocéntrica y políticas ambientales* Lima: PDTG.

Gudynas, E. (2011). Los derechos de la naturaleza en serio, respuestas y aportes desde la ecología política. En A. Acosta y E. Martínez, (comp.) *La Naturaleza con Derechos. De la Filosofía a la Política*. (pp. 239-286) Quito: Abya-Yala.

Hart, H. (1998) *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Heidegger, Martín (1997). *Ser y Tiempo*. Santiago: Universitaria.

Kelsen, H. (1982) *Teoría pura del derecho*. México D.F.: UNAM.

Lamadrid, A. (2011) *Derecho ambiental contemporáneo. Crisis y desafíos*. Lima: Ediciones legales.

Llambías, J. (1995) *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Perrot.

Martínez, J. (2008) Positivismo, vigencia y eficacia en el pensamiento de H.L.A. Hart. Recuperado el día 8 de mayo de 2019, en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3851203>.

Mosterín, J. (1990) *Historia de la filosofía. I. El pensamiento arcaico*. Madrid: Alianza.

Orrego, C. (2015) Ius Naturalismo Contemporáneo. En J. Fabra y A. Nuñez (ed.) *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Vol. Uno. (pp. 37-62) México: UNAM.

- Pacheco, M. (1990) *Teoría del Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Pejovés, J. (2009) Una visión de Carlos Fernández Sessarego: La empresa como sujeto de derecho. C. Calderón, M. Zapata y C. Agurto (coord.) *Persona, Derecho y Libertad. Escritos en Homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*.(pp.745-756) Lima: Motivensa.
- Petit, E. (2007) *Tratado elemental de Derecho Romano*. México: Editorial Porrúa.
- Pokrovski, V.S. y Otros (1966). *Historia de las ideas políticas*. México D.F.: Grijalbo.
- Quirola D. (2009) Sumak Kawsay. Hacia un nuevo pacto social en armonía con la naturaleza. En A. Acosta y E. Martínez, *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*. (pp. 103-114) Quito:Abya-Yala.
- Rábade, S. (2010) *Teoría del Conocimiento*. Madrid: Akal.
- Ramos, C. (2005) *Historia del Derecho Civil Peruano*, Vol. 2. Lima: PUCP.
- Reale, M. (1997) *Teoría tridimensional del derecho*. Madrid: Tecnos.
- Recaséns, L. (1997) *Introducción al estudio del derecho*, 12ª. Edic. México: Porrúa.
- Recaséns L. (2008) *Tratado general de filosofía del derecho*. 10ª Edic. México: Porrúa.
- Recaséns, L. (1939) *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rivera, J. (2004). *Instituciones de Derecho Civil*. Parte General, Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Sagan, C. (1987) *Cosmos*. 10ª. Edic. Barcelona: Planeta.
- Savigni, F. *Sistema de Derecho Romano actual*, tomo II. Madrid: REUS.
- Shiva, V. (2011) Democracia de la Tierra y los Derechos de la Naturaleza. En A. Acosta y E. Martínez, (comp.) *La Naturaleza con Derechos. De la Filosofía a la Política* (pp. 139-172) Quito: Abya-Yala, 2011.
- Sobrevilla, D. (2008) La filosofía andina del P. Josep Estermann. Quito: Abya-Yala, 1998, Revista *Solar*, n.º 4, año 4, Lima, 359.
- Soto, C. (2000) *Hacia la Reforma del Código Civil de 1984. En El Código Civil del siglo XXI. (Perú y Argentina)*. Vol. I. Lima: Ediciones Jurídicas.

Stutzin, G. (2010) Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza, recuperado el 16 de marzo de 2019 en: <http://www.opsur.org.ar/blog/wp-content/uploads/2010/10/imperativo-ecologico.pdf>.

Tamayo y Salmorán, R. (1984) La teoría del derecho de Jeremías Bentham. Revista de la Universidad Nacional Autónoma de México, 50.

Torres, A. (2001) *Introducción al Derecho*. Bogotá: Temis.

Trujillo, I. (2015) Iusnaturalismo tradicional, clásico, medieval e ilustrado. En J. Fabra y A. Nuñez (ed.) *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Vol. Uno (pp. 3-36) México: UNAM, 2015.

Varsi, E. (2012) *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica.

Vega, Y. (2009) *Las nuevas fronteras del derecho de familia*. Lima: Motivensa.

**ANEXO I**

**MATRÍZ DE CONSISTENCIA**

TÍTULO : LA NATURALEZA, SUJETO DE DERECHO: UN ESTUDIO DESDE LA LOCALIZACIÓN ONTOLÓGICA DEL DERECHO

AUTOR : CESAR BELISARIO GUTIERREZ TOLEDO

<b>PROBLEMA</b>	<b>OBJETIVO</b>	<b>HIPÓTESIS</b>	<b>VARIABLES E INDICADORES / CATEGORÍAS Y SUB CATEGORÍAS</b>	<b>MÉTODO</b>
<p><b>PROBLEMA PRINCIPAL</b> ¿Por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho?</p> <p><b>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>¿Por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo a la teoría tridimensional del derecho?</li> <li>¿Por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo al neoconstitucionalismo?</li> <li>¿Por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo a las corrientes del Sumak Kawsay y la Filosofía Andina?</li> </ol>	<p><b>OBJETIVO PRINCIPAL</b> Explicar por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho.</p> <p><b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>Explicar por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo a la teoría tridimensional del derecho.</li> <li>Explicar por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo al neoconstitucionalismo.</li> <li>Explicar por qué la naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo a las corrientes del Sumak Kawsay y la Filosofía Andina.</li> </ol>	<p><b>HIPÓTESIS GENERAL</b> La naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho.</p> <p><b>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>La naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo a la teoría tridimensional del derecho.</li> <li>La naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo al neoconstitucionalismo.</li> <li>La naturaleza no es sujeto de derecho, desde la localización ontológica del derecho, de acuerdo a las corrientes del Sumak Kawsay y la Filosofía Andina.</li> </ol>	<p><b>VARIABLE/CATEGORIA</b> <b>Independiente (X)</b> X1. Naturaleza</p> <p><b>Indicadores:</b> Vida Animales Ecosistemas Plantas</p> <p><b>Dependiente (Y)</b> Y1. Sujeto de Derecho</p> <p><b>Indicadores:</b> Concebido Persona natural Persona Jurídica Organizaciones no inscritas Sociedad conyugal</p>	<p><b>Tipo de Investigación:</b> Básica</p> <p><b>Nivel de Investigación:</b> Explicativo</p> <p><b>Método:</b> - Descriptivo - Explicativo - Heurístico</p> <p><b>Diseño:</b> - No experimental - Transeccional - Explicativo</p> <p><b>Técnica e Instrumentos:</b> - Encuestas - Fichas</p>

## Anexo II

### ENCUESTA

1. Actualmente se dice que los seres humanos estamos enfrentando una crisis ambiental que se acentuará con el tiempo y que pondrá en riesgo a nuestra propia especie ¿Estás de acuerdo que al respecto se adopte medidas para evitar o mitigar sus efectos?
  - a) Si
  - b) No
  - c) No sabe, no opina
  
2. ¿Ud. cree que es correcto otorgarle derechos a la naturaleza, entendido éste como ríos, mares, ecosistemas, la tierra, la luna, el sol, las estrellas, para solucionar la crisis ambiental?
  - a) Sí
  - b) No
  - c) No sabe, no opina
  
3. ¿Tiene conocimiento de lo que significa “localización ontológica del derecho”?
  - a) Sí
  - b) No
  - c) No sabe, no opina.
  
4. ¿Ud. está de acuerdo, cuando digo que el derecho es un producto cultural, es decir, sin seres humanos no existe?
  - a) Sí
  - b) No
  - c) No sabe, no opina.
  
5. ¿Ud. Cree que en la actualidad es pertinente decir, que el derecho es solo norma, o hecho, o valor?
  - a) Sí
  - b) No
  - c) No sabe, no opina.

6. ¿Estás de acuerdo con la teoría tridimensional del derecho, que afirma que el derecho es la vida humana social, el valor y la norma, unidos indisolublemente?
- a) Sí
  - b) No
  - c) No sabe, no opina.
7. ¿Ud. Cree que el derecho ha sido creado para regular la conducta, sólo de los seres humanos?
- a) Sí
  - b) No
  - c) No sabe, no opina.
8. ¿Ud. Considera que somos los seres humanos, los causantes de la contaminación, el calentamiento global o de la crisis ambiental?
- a) Sí
  - b) No
  - c) No sabe, no opina.
9. La afirmación: la solución del problema ambiental, generado por el ser humano, debe partir del mismo ser humano, cualquier otra medida como reconocer derechos a otros seres vivos o la naturaleza, sólo es una forma de evasión del problema ¿Crees que es correcto?
- a) Sí
  - b) No
  - c) No sabe, no opina.
10. El Sumak Kawsay o buen vivir, considera para evitar la crisis ambiental, la necesidad de que la naturaleza tenga derechos. ¿Ud. está de acuerdo con esa propuesta?
- a) Sí
  - b) No
  - c) No sabe, no opina.