

Personas, cosas, derechos^{**-*}

Persons, Things, Rights

RESUMEN

Este artículo explica el concepto jurídico-positivo de persona. Se revisan, en consecuencia, las diferencias con el concepto de cosa pero también con el concepto moral correspondiente. Para lo anterior se analiza la dicotomía de persona y cosa como una fundamental para el derecho, que evolucionó, en la codificación, hacia una unificación del concepto de persona y una simplificación del concepto de cosa. Esa dicotomía depende de una definición positiva de persona y una negativa de cosa. La caracterización positiva de persona es dependiente de la noción de derecho subjetivo, lo que sirve para mostrar la superioridad de las teorías del derecho subjetivo como interés protegido. Las posturas revisionistas de esta dicotomía y del concepto unitario de persona, particularmente en la discusión sobre derechos de la naturaleza, permitirán comprender de mejor modo el concepto jurídico-positivo de persona: un ser capaz de ser titular de derechos subjetivos. Esto significa: una perspectiva reconocida desde la cual pueden juzgarse estados de cosas como ventajosos/desventajosos, es decir, desde la cual pueden identificarse intereses.

* Profesor asociado de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Doctor en Derecho de la Universidad de Edimburgo. ORCID ID: 0000-0003-0200-9036. Contacto: fatria@derecho.uchile.cl

** Recibido el 12 de octubre de 2021, aprobado el 11 de julio de 2022.

Para citar el artículo: Atria Lemaitre, F. *Personas, cosas, derechos*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 54, enero-abril de 2023, 163-200.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n54.06>

*** Este artículo es parte del proyecto FONDECYT n.º 1190014 (“Posesión y propiedad: la emergencia de la normatividad desde la facticidad”), del cual el autor es investigador principal. Agradezco la colaboración de Sofía Parvex, Carlos Berner y Germán Acevedo, ayudantes de investigación de ese proyecto. Agradezco también los comentarios de dos revisores anónimos para la *Revista de Derecho del Estado*.

PALABRAS CLAVE

Personas, cosas, derechos, derechos como intereses protegidos, derechos de animales no humanos, derechos de la naturaleza.

ABSTRACT

This article explains the positive, legal concept of person. To do so, it discusses the differences among such concept and the corresponding moral concept and also the legal concept of “a thing”. Indeed, the distinction between personas and things is recognized as a fundamental legal dichotomy which evolved, during the codification, towards a unification of the concept of person and a simplification of the concept of thing. This dichotomy depends on a positive definition of person and a negative definition of thing. The positive definition of person is dependent on the notion of “a right”, which serves to show the superiority of the interest theories right (rights as legally protected interests). Criticisms of this dichotomy and of the unitary concept of person, particularly in the context of discussions about rights of non-human animals and of nature, allow for a better understanding of the positive legal concept of person: a being with the capacity to hold rights. This is taken to mean a recognized perspective from which states of affaires can be judged as advantageous/detrimental, i.e. from which interests can be identified.

KEYWORDS

Persons, things, rights, interest theory of rights, rights of non-human animals, rights of nature.

SUMARIO

Introducción: un mundo ancho y ajeno. 1. La interdefinibilidad de los términos persona/cosa. 1.1. La evolución de los conceptos de persona y cosa. 1.2. La dicotomía persona/cosa en la codificación. 1.3. La distinción entre persona y cosa como una dicotomía. 1.4. Cuestiones conceptuales y cuestiones de derecho positivo, distinguidas. 2. El derecho subjetivo. 2.1. Derecho subjetivo: voluntad o interés. 2.2. Teorías de la voluntad. 2.3. La superación de las teorías de la voluntad. 2.4. Las teorías del interés. 3. Personas. 3.1. Intereses y personas. 3.2. La atribución de derechos. 3.3. ¿Y si (algunos) animales no humanos fueran titulares de derechos subjetivos? 4. Colofón: ¿y los derechos de la naturaleza? Referencias.

INTRODUCCIÓN: UN MUNDO ANCHO Y AJENO

Vivimos rodeados de cosas, en un mundo que es ancho; pero no es solo ancho, es también ajeno. Nuestra vida en sociedad es en buena parte vivida en un mundo ajeno, entre cosas ajenas. Que el mundo es ancho es un dato fáctico sobre él; pero para que sea ajeno es necesario algo que no es parte de su pura descripción fáctica:

Supongamos que soy el único hombre en la tierra (el último, si les preocupa la irrealidad). No tengo un derecho contra una roca que cae. Tampoco contra un león que me ataca. Desde luego me protegeré contra esos eventos. Pero la idea de derecho está claramente fuera de lugar [...]. El significado de que [las rocas y los leones] no tengan derechos en mi contra es que no hay límites a la manera en que puedo usarlos como medios para mis fines. Para decirlo de otra manera, no son fines en sí mismos. Quizás lo que debería decir en esta situación es que yo, como el único fin en sí en el mundo, soy dueño del mundo (porque no hay límites a qué partes del mundo puedo usar como medios para mis fines – en este caso de protección). Introduzcamos ahora un segundo humano, y con él la posibilidad de competencia entre fines en sí mismos. Quizás yo, el primer humano, negaré la posibilidad de competencia por un rechazo solipsista a reconocer al segundo humano como un segundo fin en sí (si soy filosóficamente sofisticado, diré que soy escéptico respecto de la existencia de otras mentes). Si este segundo humano me ataca, mi problema en esta comprensión solipsista no será diferente en cuanto a su tipo del evento del ataque del león. Me defenderé, por supuesto, pero todavía no habrá, en la visión solipsista, un problema de derecho¹.

El hecho de que una pluralidad de fines en sí mismos se reconozcan recíprocamente implica, como sugiere Detmold, que ninguno de ellos es dueño del mundo, es decir, que el mundo deviene al menos en parte ajeno². Que sea ajeno significa que hay límites al modo en que cada uno puede usarlo como medio para sus fines. Con esto surge un problema nuevo: cómo cada uno puede hacerlo.

1 Detmold, M. J. *Courts and Administrators*. Londres: George Weidenfeld & Nicholson, 1990, 121-122, trad. libre.

2 Como lo deja en claro el pasaje de Detmold, el solo hecho de que haya una pluralidad de seres humanos no implica inmediatamente la existencia de derecho, porque es posible que se trate de una multitud de solipsistas cada uno de los cuales se entiende solo en el mundo y, en el sentido del propio Detmold, dueño del mundo. Esto es lo que Hobbes llama “la condición natural de la humanidad”. Hannah Arendt decía que, después de todo lo que deba ser dicho y corregido, este es el punto acertado en el que se funda la tradición contractualista: lo político es artificial, necesita ser constituido; véase Arendt, H. *On Revolution*. Harmondsworth: Penguin, 1977, 19.

El punto de partida, entonces, es la distinción entre personas y cosas. Sobre esto habrá que decir más, pero por ahora es suficiente entenderla como la distinción entre entidades que son fines, en el sentido de que son fines, porque tienen intereses reconocidos como dignos de ser protegidos, y entidades que existen para satisfacer intereses de personas. Esta distinción por sí sola deja planteado un problema cuya resolución es parte de lo que H. L. A. Hart llamó “el contenido mínimo del derecho natural”. Ese contenido mínimo del derecho y la moral, según Hart, es necesario “dada la supervivencia como objetivo”, porque:

[S]in tal contenido las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí. En ausencia de ese contenido, los hombres, tales como son, no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla, y sin un mínimo de cooperación voluntariamente prestada por quienes advierten que va en su interés someterse a las reglas y conservarlas, sería imposible coaccionar a quienes no las acatan voluntariamente³.

El contenido mínimo del derecho no es *conceptualmente* necesario, sino necesario dados ciertos hechos contingentes acerca de los seres humanos y sus formas de vida. Así, por ejemplo, los seres humanos son vulnerables al ataque físico de otros, y pueden dañarse unos a otros. Aunque las cosas podrían ser diferentes, esto es un hecho obvio acerca del tipo de seres que los humanos somos (*Soft Bodies in a Hard World*⁴). Un derecho y una moral para seres que no fueran vulnerables a ataques de otros o que carecieran de la capacidad de dañar a otros serían considerablemente distintas de las que conocemos. Todo sistema moral o de derecho debe, en consecuencia, dar alguna protección a las personas frente a los ataques de otros⁵.

Como ha dicho el propio Hart: “Otro de los hechos obvios acerca de los seres humanos y del mundo en el que viven es que necesitan alimentos, ropa y resguardo, y que estas cosas no están disponibles en abundancia ilimitada sino que son escasas, tienen que crecer de la naturaleza o ser ganadas a ella, o necesitan ser construidas por el esfuerzo humano”⁶. Es decir, que los seres humanos viven en un mundo de cosas y que esas cosas son necesarias para

3 Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. G. Carrió (trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, 239.

4 Davies, C. *Soft Bodies in a Hard World*. Toronto: Anglican Book Center, 1987.

5 Hart. *El concepto de derecho*, cit., 240-241.

6 *Ibíd.*

la subsistencia y el florecimiento humano. Esta distinción entre *personas* con intereses reconocidos y *cosas* que pueden ser usadas para servir esos intereses exige un régimen jurídico:

Estos hechos por sí solos hacen indispensable alguna forma mínima de la institución de la propiedad (aunque no necesariamente la propiedad individual), y el tipo distintivo de reglas que exigen que se la respete. Las formas más simples de propiedad aparecen en las reglas que impiden a la generalidad de las personas, salvo el “propietario”, el acceso a la tierra y el uso de ella, o tomar o usar cosas materiales. Para que lo sembrado crezca, la tierra tiene que estar protegida frente al acceso indiscriminado; en los intervalos entre su crecimiento o aprehensión y su consumo, los alimentos tienen que estar protegidos frente al apoderamiento ajeno⁷.

Como Hart lo hace explícito, y lo enfatiza adicionalmente Jeremy Waldron⁸ en pasajes que en la discusión chilena han sido recordados por Andrés Ibáñez⁹, el contenido mínimo del derecho natural no incluye un régimen de propiedad privada, sino un sistema de reglas que especifiquen los intereses en servicio de los cuales las cosas pueden ser usadas: un *régimen de las cosas*¹⁰.

Es decir, no es parte del contenido mínimo del derecho un régimen de propiedad privada, sino una cuestión anterior: la distinción entre personas y cosas.

7 Ibid.

8 Waldron, J. *Property Law*. En Patterson, D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2010, 11-13.

9 Ibáñez, A. *Hacia una caracterización teórica del sistema de protección de la propiedad privada en el derecho civil chileno*. En Pereira, E. (ed.), *Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno*. 2019, 143-144.

10 Un régimen de las cosas supone (1) especificar cuáles son las cosas en cuestión. Las cosas corporales muebles en general se presentan como realidades naturales, cuya diferenciación e individualidad está dada pre-jurídicamente; pero esto no es así tratándose de las cosas inmuebles: la transformación del territorio en bienes raíces es una posible organización del régimen de las cosas, no la única. Habiendo especificado qué cuenta como una cosa, el régimen de las cosas debe (2) especificar el modo de determinación de los intereses que ellas han de servir, mediante la atribución de derechos sobre ellas; (3) determinar el contenido de tales derechos y (4) especificar los mecanismos de protección de esos derechos. Una descripción completa del derecho de cosas, entonces, supone la explicación de qué son las cosas, los derechos sobre las cosas y los poderes normativos que esos derechos implican; del sistema positivo de atribución de esos derechos a individuos (esto es lo que caracteriza a un régimen de las cosas basado en la propiedad privada; que en él “las cosas están, en general, bajo el control de sujetos privados”: *ibíd.*); del contenido de los derechos que se pueden tener sobre las cosas, y del sistema de acciones de protección de esos derechos.

Este artículo discute la primera parte de esa cuestión: el concepto jurídico-positivo de persona. Se revisan, en consecuencia, las diferencias con el concepto de cosa, pero también con el concepto moral de persona. Para lo anterior se analiza la dicotomía persona/cosa como una fundamental para el derecho, que evolucionó, en la codificación, hacia una unificación del concepto de persona y una simplificación del concepto de cosa. Como se analiza en la primera sección, esa dicotomía depende de una definición positiva de persona y una negativa de cosa. La caracterización positiva de persona es dependiente de la noción de derecho subjetivo, lo que sirve para mostrar la superioridad de las teorías del derecho subjetivo como intereses protegidos, según se explica en la segunda sección. La tercera sección discute algunas posturas revisionistas de la dicotomía persona/cosa y del concepto unitario de persona, surgidas en la discusión sobre derechos de la naturaleza y, especialmente, de los animales no humanos. Eso nos permitirá comprender de mejor modo el concepto jurídico-positivo de persona como una entidad capaz de ser titular de derechos subjetivos. Esto significa: una entidad que es reconocida como una perspectiva desde la cual pueden juzgarse estados de cosas como ventajosos/desventajosos, es decir, desde la cual pueden identificarse *intereses*¹¹.

1. LA INTERDEFINIBILIDAD DE LOS TÉRMINOS PERSONA Y COSA

1.1. *La evolución de los conceptos de persona y cosa*

La distinción entre fines en sí mismos y cosas que pueden ser usadas para la satisfacción de los intereses de esos fines en sí mismos, entonces, es la distinción fundamental, la distinción sin la cual no hay ni espacio ni necesidad de derecho. Esa distinción, que toma entre nosotros la forma de la distinción entre personas y cosas, tiene historia, y un contenido que en varias

11 Este artículo discute estas cuestiones por referencia al derecho chileno, y las referencias no especificadas al Código Civil, al Código Penal y a la legislación deben ser así entendidas. Sin embargo, no es un artículo que esté escrito pensando para lectores chilenos preocupados por la correcta interpretación de sus reglas locales. A mi juicio, el derecho chileno no es en estas materias especialmente idiosincrásico, y por consiguiente esas discusiones tienen puntos de contacto con la realidad de otros sistemas jurídicos. Por lo pronto, la similitud entre el Código Civil chileno y el colombiano permite una referencia común, que se indicará cuando sea oportuno en el texto. Esas referencias son solo al *texto* respectivo, para beneficio de lectores colombianos. El sentido de los textos jurídicos, sin embargo, no depende únicamente de ellos mismos, y como el autor de este artículo no está familiarizado con el derecho colombiano, esas referencias no deben ser entendidas en ningún sentido más amplio.

de sus dimensiones está hoy en disputa. Conviene entonces analizarla con más detención.

La razón por la cual debe ser analizada es que su importancia va mucho más allá de la regulación contenida en el Código Civil sobre personas y cosas. Aunque la distinción entre persona y cosa es una distinción fundamental para el derecho, no es una distinción conceptualmente necesaria: no es que se siga de la estructura básica del mundo. Pero es la distinción que ha organizado buena parte de la reflexión sobre el derecho y la sociedad en la tradición occidental. Como ha observado agudamente Alan Potagge, “[I]a arquitectura institucional del derecho romano todavía estructura nuestra aprehensión de la sociedad, y [...] la sociología y la teoría política son más profundamente “jurídicas” que lo que ellas se imaginan, precisamente porque presuponen una distinción básica entre personas y cosas”¹².

Por esto, al hablar de la evolución de esta dicotomía, la referencia inicial obligada es por cierto a Gayo, quien la formuló por primera vez de un modo que tendría una profunda influencia en la reflexión posterior: “Todo el derecho vigente entre nosotros tiene por objeto o las personas, o las cosas, o las acciones” (Gai. 1.8). Ahora bien, no hay en las *Institutas* definición alguna de estos términos (lo que no es raro: *omnia definitio periculosa est*). Pero hay cierta claridad en lo que la distinción entre persona y cosa significaba: “para los romanos, persona era todo ser humano, incluidos los esclavos”¹³. Esto quiere decir que todos los seres humanos podían tener derechos y obligaciones. De esto no se seguía, sin embargo, igualdad de estatus: “Mientras la personalidad jurídica es hoy concebida como la base de la libertad de todos los hombres y su igualdad ante la ley, los romanos respondían diferenciadamente para cada grupo de seres humanos la pregunta de qué derechos una persona podría tener”¹⁴.

Esta idea de que la personalidad implicaba solamente la posibilidad de tener derechos y obligaciones, pero que era compatible con diferencias de estatus de modo que permitía la existencia de personas de distinto tipo, se mantendría hasta la codificación¹⁵. Es ahí donde la dicotomía adquiere su forma actual.

12 Pottage, A. *Introduction: The Fabrication of Persons and Things*. En Pottage, A. y Mundy, M. (eds.), *Law, Anthropology and the Constitution of the Social*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, 4.

13 Kaser, M. *Roman Private Law*. Durban: Butterworths, 1965, 78.

14 *Ibíd.*

15 Para una revisión del modo en que estos conceptos fueron evolucionando hasta el punto en que se manifestó en la codificación véase Trahan, J. R. *The Distinction between*

1.2. La dicotomía persona/cosa en la codificación

La forma en que entendemos la dicotomía que estamos investigando es una de las bases de la codificación, que se construyó sobre conceptos unitarios de persona y de cosa. Como ha sostenido Giovanni Tarello:

En el curso de las últimas décadas del siglo XVIII, y sobre todo durante la revolución francesa, la ideología igualitaria se manifestó esencialmente en una forma particular de igualitarismo jurídico, de “igualdad ante la ley”. Esta igualdad ante la ley no significó otra cosa que unicidad de sujeto jurídico, y por esto fue, mucho más que una ideología política, un instrumento técnico de simplificación de los sistemas jurídicos¹⁶.

Este “igualitarismo” no significó la abolición de las diferencias anteriores, pero sí su reubicación sistemática: las diferencias dejaron de encontrarse en los estatutos personales, en el sujeto, y pasaron a encontrarse en el contenido de las reglas aplicables; ellas fueron “transportadas del elemento subjetivo a los predicados jurídicos”:

El Código Civil se estructuró sobre el sujeto jurídico único y transportó las diferencias subjetivas predominantemente en aquel predicado jurídico que es la capacidad de actuar, esto es, de producir efectos jurídicos mediante la voluntad: todos son iguales *como sujetos*, pero algunos no tienen o no tienen sin la ayuda de otro –por ser menores, o mujeres, o por tener una mente no sana, o por débiles, o por manirroto– la capacidad de actuar¹⁷.

Lo que interesa ahora no es una evaluación de la realidad del igualitarismo, es decir, si la introducción de un concepto unitario de persona y la “transportación” de las desigualdades fue un modo de avanzar la causa de la igualdad o una forma de “ocultar” las desigualdades, aunque muy probablemente tuvo un poco de ambas. Lo que nos interesa acá es lo que esto significó: el concepto de “persona” devino un concepto unitario, universal, por lo que no hay personas de distinto tipo; no se puede ser más o menos persona. Todo

Persons & Things: An Historical Perspective. En *Journal of Civil Law Studies*. 1, 1, 2008. Según Trahan, uno de los principales puntos de inflexión en la conformación de los conceptos modernos se encuentra en la obra de Hugo Grocio, quien caracterizó a la persona no por referencia al ser humano, sino a la capacidad para tener derechos, y a las cosas como “todo lo que es externo al hombre y de cualquier modo útil para él” (ibíd.).

16 Tarello, G. *Ideologías del siglo XVII sobre la codificación y los códigos*. En Tarello, G. *Cultura jurídica y política del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, 50.

17 Ibíd.

miembro de la especie humana es persona en la misma medida, como lo dispone categóricamente el Código Civil: “Art. 55 (74). Son persona todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

Del lado de las cosas, la codificación también supuso una simplificación considerable. El derecho precodificado admitía una diversidad de posiciones jurídicas subjetivas respecto de la tierra, de modo que nadie era, en rigor, “dueño” de la tierra, sino de diversos derechos sobre ella:

A diversas utilidades correspondían diversas titularidades sobre los derechos, de suerte que sobre un mismo fondo había quien tenía derecho de recabar una suma de dinero anual, otro tenía una parte de cierto producto, otro de sembrar cereales y retenerlos después de pagados los impuestos y sustraídas las cuotas, otro de apacentar durante el período intercurrente entre las siembras, otro de cortar una cantidad de madera, otro de recoger solo la madera caída, otro de recoger productos espontáneos como hongos y trufas, otro de la caza, otro de la pesca, otro de canalizar aguas impetuosas u otras, otro de transitar libremente, otro de transitar mediante pago¹⁸.

La codificación requería la simplificación de los predicados jurídicos, para lo cual era necesario reemplazar toda esta diversidad de derechos posibles sobre las cosas por uno: el derecho de propiedad.

La codificación civil napoleónica creó la figura central de una propiedad abstracta –abstraída del objeto, igual a como es idéntica la propiedad del instrumento de producción y de la manzana que se come– realizando así la gran reducción de las normas de derecho civil y, por ello, la gran simplificación del derecho civil mismo¹⁹.

Tarello destaca la simplificación ocurrida al nivel de los derechos (el reemplazo de los diversos derechos feudales por una propiedad abstracta sobre la cosa), pero la cuestión se puede mirar también al nivel del objeto. Es que ese derecho abstracto de propiedad tiene como objeto una cosa corporal, no un conjunto de derechos de aprovechamiento de diversas dimensiones de la cosa. En esto el derecho codificado es, de manera interesante, distinto de un derecho que no pasó por la codificación, como el derecho inglés. En el derecho inglés, lo que llamaríamos el régimen de los bienes inmuebles es descrito como *land law*. En efecto, *land law* es acerca de derechos reales (*iura in rem*)

18 Ibid.

19 Ibid.

sobre “*land*”. Pero “*land*” no significa “tierra”: “Una de las contribuciones más significativas que el *land law* inglés ha hecho a la teoría jurídica de la propiedad es la separación de la tierra misma y el ‘*estate in land*’. No es la tierra la que es detentada como propiedad, sino un *estate*”²⁰.

El objeto de los derechos reales en el *land law* inglés, entonces, no es una cosa material, lo que el Código Civil llama una cosa corporal inmueble: es una determinada posición respecto de una cosa, la especificación de una dimensión de aprovechamiento de la cosa:

En el lenguaje ordinario la frase “el Sr Smith tiene un *estate* en Suffolk” sugiere una respetable parte del paisaje de Constable de la cual el Sr. Smith es dueño. Pero en *land law* un *estate* es un período de tiempo. La doctrina de los *estates* enseña cuáles son los períodos de tiempo sobre los cuales el derecho permite o ha permitido tratar a un *landowner*²¹.

No hay nada conceptualmente necesario, entonces, en los conceptos de persona y cosa como los conocemos. Tampoco hay ninguna razón para asumir que los conceptos que nosotros usamos son los mismos conceptos que los que usaba, por ejemplo, el derecho romano. Se trata de conceptos que tienen historia, y que en su conformación actual son reflejo de doctrinas e ideologías políticas y económicas características de la Modernidad. Estar conscientes de esto es importante para identificar correctamente lo que está en juego en

20 Bright, S. *Of Estates and Interests: A Tale of Ownership and Property Rights*. En Bright, S. y Dewar, J. (eds.) *Land Law. Themes and Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 1998, 530. También: “el propietario no tiene, sin embargo, propiedad sobre la tierra (*land*) misma, sino sobre un *estate* en la tierra (*land*)”. Burn, E. H. y Cartwright, J. (eds.). *Cheshire and Burn’s Modern Law of Real Property*. Oxford: Oxford University Press, 2006, 13.

21 Birks, P. *Before We Begin. Five Keys to Land Law*. En Bright y Dewar (eds.), *Land Law. Themes and Perspectives*, cit., 463. Nótese que lo que estamos tratando ahora es la cuestión de los conceptos, no del contenido substantivo del derecho. Lo explicado en el texto principal no es que el derecho inglés es, en lo que se refiere a inmuebles, un derecho feudal, sino que se construye sobre conceptos que no fueron reconstruidos como el aparato conceptual de los derechos codificados, paradigmáticamente el francés. “Antes de 1926 había diferentes formas de *tenure*, en virtud de las cuales quien parecía ser el ‘dueño’ de la tierra en realidad la detentaba a nombre de un señor feudal superior, o directamente de la Corona, y estaba expuesto a perderla si, por ejemplo, no cumplía las condiciones de su *tenure*. [...] [L]as reformas de 1925 simplificaron y modernizaron la doctrina del *tenure* pero no la abolieron. Es todavía solo la Corona la que técnicamente detenta la tierra en la forma de propiedad absoluta, aunque esto tiene pocas consecuencias en la práctica y normalmente nos referimos a un individuo como el ‘dueño’ de la tierra”. Burn, E. H. y Cartwright, J. (eds.). *Cheshire and Burn’s Modern Law of Real Property*. Oxford: Oxford University Press, 2006, 12.

propuestas o posturas revisionistas de estas categorías, que consideraremos en lo que sigue.

1.3. La distinción entre persona y cosa como una dicotomía

“Cosa” se define por referencia a “persona”, en el sentido de que cosa es todo lo que no es persona. Esto es una dicotomía. Una *dicotomía* es la división de una clase en dos subclases que son conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes. Una forma especialmente clara de dicotomía es la que define a una de las subclases por una determinada propiedad y a la otra por su negación (“las cosas corporales son rojas o no rojas”²²).

Si la distinción persona/cosa es una dicotomía, entonces deberemos decir: *cosa es todo lo que no es persona*. La dicotomía está garantizada por el hecho de que una subclase es definida positivamente, de modo que la otra queda definida negativamente. Si cosa es todo lo que no es persona, entonces persona requiere de una definición positiva. Eso nos obliga a discutir una caracterización positiva de la noción de persona.

Una manera habitual de caracterizar el concepto de persona es por referencia a la *capacidad de goce*. Por cierto, esta es la caracterización dominante en la doctrina: “persona, desde el punto de vista jurídico, es todo ser capaz de tener derechos y obligaciones”²³.

Tradicionalmente, la capacidad se diferencia entre capacidad “de goce” y “de ejercicio”: la personalidad, que consiste en la aptitud para tener derechos y obligaciones, y la aptitud de una persona de actuar ante el derecho, de ejercer esos derechos y obligaciones o, como dispone el Código Civil, de “poderse obligar por sí mismo, y sin el ministerio o la autorización de otra” (art. 1445 (1502) inc. final)²⁴.

La noción de capacidad de goce nos provee del criterio positivo que buscáramos para caracterizar la noción de persona de modo de poder caracterizar

22 Véase, por ejemplo, Honderich, T. (ed.). *The Oxford Companion to Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2005, 213.

23 Alessandri, A.; Somarriva, M. y Vodanovic, A. *Curso de derecho civil*. Santiago: Nascimento, 1945, 755.

24 Veremos a continuación que la idea de “capacidad de goce” vincula la personalidad al reconocimiento de intereses dignos de protección. La de “capacidad de ejercicio”, por su parte, la vincula al reconocimiento de agencia, es decir, al reconocimiento de la posibilidad de actuar. Para una discusión de la posible expansión de la noción de personalidad en este segundo sentido véase Teubner, G. *Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law*. En *Journal of Law and Society*. 33, 4, 2006, 497-521, 497-521.

la de cosa negativamente: cosa es todo lo que no tiene capacidad de goce, todo lo que no es apto para tener derechos y obligaciones²⁵.

1.4. Cuestiones conceptuales y cuestiones de derecho positivo, distinguidas

Hay quienes creen que en las condiciones actuales la dicotomía persona/cosa debe ser abandonada. La cuestión se puede plantear desde diversas perspectivas, pero las que son más relevantes hoy en día son la cuestión de los animales no humanos y la de “la naturaleza”. Entre quienes defienden la necesidad de cambiar el régimen jurídico de esos animales hay, por cierto, diversas posiciones, algunas de las cuales suponen impugnar la dicotomía persona/cosa. Esta negación de la dicotomía parece estar, por otra parte, implícita en la sola negatividad (sin afirmar la positividad contraria) del § 90a del Código Civil alemán (BGB), que desde su reforma en 1990 dispone que los animales no son cosas, aunque están sujetos al régimen de las cosas:

§ 90a. Solo los objetos corporales son cosas en sentido jurídico.

Los animales no son cosas. Son protegidos a través de leyes especiales. Les son aplicables las disposiciones que rigen para las cosas, en la medida en que no esté determinado algo distinto.

Lo que ahora nos interesa no es la cuestión normativa de si los animales deben pertenecer a la categoría de cosas o a la de personas, sino si puede

25 Nótese cuidadosamente que una dicotomía no necesita ser simétrica. No hay por qué asumir que una dicotomía se podrá definir comenzando por cualquiera de las subclases. La dicotomía persona/cosa implica que las cosas no pueden compartir la característica que define a las personas (capacidad de goce), pero no implica que las personas no puedan compartir algunas de las características de las cosas (de hecho, como ambas pertenecen a la misma clase, es probable que compartan muchas de ellas). No es una objeción a la dicotomía entre persona y cosa que haya casos en los cuales una persona puede ser objeto de derecho, porque lo que define a la persona es su capacidad de goce, y no hay razón por la que sea conceptualmente imposible o contradictorio ser una capacidad de goce y al mismo tiempo ser objeto de un derecho de titularidad de otro. Es un lugar común en la reflexión jurídica sobre la institución de la esclavitud que ella no implica que los esclavos son pura y simplemente cosas. Del hecho de que la definición de cosa pueda construirse dicotómicamente desde el concepto de persona (= las personas son seres con capacidad de goce y las cosas todo lo demás) no se sigue que es posible recorrer el camino inverso, comenzando desde la noción de cosa (y diciendo, por ejemplo, que las cosas son objetos de derecho y las personas todo lo demás). Si la relación es efectivamente de ida-y-vuelta, entonces, será por razones de derecho positivo y no por razones conceptuales.

decirse que los animales no humanos conforman una tercera categoría que niega la dicotomía que estamos considerando; o si el hecho de reconocer derechos a los animales no humanos implicaría la caducidad de la dicotomía persona/cosa.

Aquí es importante diferenciar las cuestiones conceptuales de las cuestiones de derecho positivo. Es una cuestión conceptual, dependiente de los conceptos de “persona” y “cosa”, que las personas pueden ser titulares de derechos subjetivos y las cosas no. Esto quiere decir que la noción de persona y la de derecho subjetivo están internamente vinculadas, en el sentido de que se implican recíprocamente. La cuestión de cuáles son las entidades que pueden ser titulares de derecho, por su parte, depende del derecho positivo. Si conforme a este debiéramos concluir que los animales no humanos son titulares de ciertos derechos, eso implicaría la conclusión de que son personas, lo cual no necesita implicar ninguna revisión conceptual. Decir, por otra parte, que los animales no humanos son titulares de derecho pero no son personas²⁶ es defender una revisión conceptual, una que no viene impuesta por el solo reconocimiento de derechos a esos animales.

Ya hemos visto, por otra parte, que el carácter unitario de los conceptos de persona y cosa no son verdades conceptuales. En efecto, el concepto unitario de “persona” que hoy aparece en el artículo 55 (74) del Código Civil es propio del derecho moderno, no una necesidad conceptual. Por consiguiente, si el reconocimiento de derechos a los animales no humanos implicara el reconocimiento de personas de “segunda categoría” (o, como acertadamente sostiene Juan Pablo Mañalich²⁷, de “distinta categoría”), ello significaría abandonar el concepto unitario de persona propio de la codificación, pero de nuevo, no nos obligaría a abandonar la distinción entre persona y cosa.

Adicionalmente, del hecho de que algunas cuestiones sean cuestiones de derecho no se sigue que ellas sean resueltas sin más por las declaraciones legales explícitas. Un buen ejemplo es el de la significación del ya citado § 90a del Código Civil alemán. Una declaración como la referida no es irrelevante, por cierto, y debe ser tomada en cuenta al reconstruir el concepto de “cosa” en el derecho alemán. Pero no es decisiva. Así, por ejemplo, H. J. Wieling afirma, comentando esta disposición, que “[l]os animales no son cosas de acuerdo al § 90a, pero han de ser tratados del mismo modo que las cosas. De modo que son cosas, después de todo”²⁸.

26 Como lo hace Kurki, V. A. *Animals, Slaves, and Corporations: Analyzing Legal Thinghood*. En *German Law Journal*. 18, 5, 2017, 1069-1090, y que será discutido más abajo.

27 Véase *infra*, nota 64.

28 Wieling, H. J. *Sachenrecht*. Heidelberg: Springer, 2006, 56. Esta idea es la contenida

No siendo este un texto de derecho alemán, no corresponde aquí decidir si esta interpretación escéptica respecto de la declaración inicial del § 90a es correcta o no. Lo que importa es que la cuestión de si los animales son cosas en Alemania es una cuestión que depende del contenido del derecho alemán, pero no de las declaraciones explícitas, sino de la correcta reconstrucción sistemática de la regulación relevante del derecho alemán.

El punto, por cierto, no es sobre el derecho alemán sino sobre la relación entre las cuestiones conceptuales y la reconstrucción sistemática del derecho positivo. Es que no hay razón para asumir que el legislador es infalible en la aplicación de los conceptos jurídicos que usa. No siéndolo, puede usarlos incorrectamente (ya por falta de conocimiento, o porque consideraciones de política legislativa lo llevan a hacer declaraciones antes de estar en posición de crear el sistema que esas declaraciones exigirían, etc.), como indudablemente lo hace el artículo 1443 (1500) del Código Civil al definir los contratos reales como los que se perfeccionan por la tradición de la cosa. Claro está, el Código Civil podría haberse apartado de la tradición y especificado que solo el mutuo y el depósito irregular serían considerados contratos reales. Lo que justifica la afirmación de que la contenida en el artículo 1443 (1500) del Código Civil es una errada definición del concepto de contrato real no es un concepto “natural” de contrato social, ni la idea de que ese concepto tiene una “esencia” pre-positiva que vincula al legislador. No, lo que hace incorrecta esa definición es la correcta reconstrucción dogmática del concepto de “contrato real” en el Código Civil, conforme a la cual es indudable que el comodato y el depósito son contratos reales, y es igualmente indudable que en esos casos la entrega no es “tradición”.

¿Son los animales cosas en el derecho chileno? Conforme al artículo 567 (655) la respuesta es clara: son cosas muebles, semovientes. Pero, tal como la declaración del § 90a del Código Civil alemán no decidía la cuestión en un sentido, esta sola consideración no la decide en el sentido contrario. Es posible, y deberemos considerarlo más adelante, que la evolución posterior al Código Civil nos deba llevar a la respuesta contraria.

Ángela Fernández ha desarrollado un argumento en este sentido respecto del derecho norteamericano: ella sostiene que, pese a que no hay declaraciones generales sobre la personalidad de los animales no humanos, ellos “ya

en el *Code civil*, cuyo artículo 515-14 dispone, desde su reforma en 2015, que “[l]os animales son seres vivientes dotados de sensibilidad. Sin perjuicio de las leyes que los protegen, están sujetos al régimen de los bienes”.

tienen un estatus de ‘quasi’ personas, porque ellos jurídicamente tienen ya algunos derechos, y son ya tratados como algo más que mera propiedad”²⁹.

Si la evolución del derecho es tal que puede decirse que los animales no humanos tienen derechos, entonces habrá que decir que son personas. Más adelante veremos si algo así puede decirse actualmente por referencia al derecho chileno, y de qué depende.

Esto tiene una clara implicancia metodológica: nuestra pregunta fundamental no debe ser si los animales no humanos son personas, sino si puede decirse que tengan derechos. Si la respuesta es afirmativa, habrá que decir que tienen capacidad de goce, y por tanto que son personas. Debemos, entonces, indagar en la noción de derecho subjetivo, con la finalidad de determinar cuándo y en consideración a qué puede decirse de alguien que es titular de un derecho, algo que es menos obvio de lo que parece.

2. EL DERECHO SUBJETIVO

2.1. Derecho subjetivo: voluntad o interés

Para responder la pregunta de qué quiere decir ser titular de un derecho hay que comenzar con las explicaciones generales de la noción de derecho subjetivo. Como se sabe, esas explicaciones ponen énfasis en uno de dos elementos: la voluntad o el interés. Una formulación especialmente influyente de la teoría de la voluntad es la de Hart:

En el área de conducta cubierto por el deber, el individuo que tiene el derecho, al que el deber es debido, es una suerte de soberano en pequeña escala. La medida más completa de control incluye tres elementos diferenciables: (i) el titular del derecho puede eximir de o extinguir el deber; (ii) si hay infracción o amenaza de infracción del deber, puede dejarlo sin ejecución o ejecutarlo demandando la indemnización correspondiente o, en ciertos casos, requerir una orden para impedir la acción que infringe el derecho; y (iii) puede eximir o extinguir la obligación de indemnizar creada por la infracción³⁰.

Lo que es decisivo respecto de la existencia de un derecho es que la existencia y la exigibilidad del deber correlativo quedan sujetas al control de quien tiene

29 Fernández, A. *Fuzzy Rules and Clear Enough Standards: The Uses and Abuses of Pierson v. Post*. En *The University of Toronto Law Journal*. 01/01, 63, 2013, 97-125, 160.

30 Hart, H. L. A. *Bentham on Legal Rights*. En *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1982, 183-184.

el derecho. Así, los derechos son esferas reconocidas al individuo dentro de las cuales su voluntad es decisiva.

La teoría del interés, por su parte, entiende que los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos. Aunque la cuestión es algo más complicada, como se discutirá en lo que sigue, podemos ya notar que estas dos concepciones de los derechos positivos responden de modos diversos las preguntas que ahora nos interesan, es decir, las preguntas por cuándo existe un derecho subjetivo y cómo identificar al titular de ese derecho. En efecto, conforme a la teoría de la voluntad existe un derecho subjetivo cuando la ley impone un deber que queda sujeto al control de otro, y el titular del derecho es el que tiene el triple control al que se refería Hart. Así, por ejemplo, el deber que tiene el comprador de pagar el precio es correlativo a un derecho del vendedor, porque este está en posición de exigir o no su cumplimiento y demandar o no su ejecución y la indemnización de los daños causados por el incumplimiento.

Conforme a la teoría del interés, un deber es correlativo a un derecho cuando ese deber es creado por la ley para proteger un determinado interés, y el titular del derecho es el sujeto de cuyo interés se trata. Estas dos respuestas son, por cierto, respuestas iniciales que deben ser depuradas; y al depurarlas la superioridad de la teoría del interés irá emergiendo.

2.2. Teorías de la voluntad

Desde la óptica de la teoría de la voluntad, solo podrían ser titulares de derechos quienes tengan una capacidad reconocida por el derecho para ejercer sus derechos, es decir, para exigir la realización de su derecho o autorizar la acción contraria al mismo. De esto se seguiría que solo los seres con “capacidad de ejercicio” pueden ser titulares de derechos subjetivos, lo que implicaría que las categorías de capacidad de goce y capacidad de ejercicio se confunden.

Esto a su vez implica que entidades a las que aparentemente se les reconocen derechos pero que no están en condiciones de ejercerlos (en las tres dimensiones identificadas por HART) no podrían, pese a las apariencias, tener derechos. Lo anterior se aplica claramente a las personas jurídicas y a los menores de edad, o a los que por alguna otra razón no se les reconoce capacidad de ejercicio.

Esta es una de las objeciones más conocidas a la teoría de la voluntad: que ella implica, implausiblemente, que los seres que no pueden ejercer

sus derechos no pueden tener derechos³¹. Esto parecería significar que hay personas (definidas como tales por el artículo 55 (74) del Código Civil) que no pueden tener derechos, lo que falsificaría la idea de que persona es todo sujeto capaz de ser titular de derechos: “De acuerdo a las teorías de la voluntad, tener derechos significa ser capaz de afectar los deberes de otros, por ejemplo, al elegir exigirlos o renunciar a ellos mediante un contrato. Pero los niños son incapaces de tomar estas decisiones aunque son ampliamente clasificados como personas”³².

Esta objeción se puede responder recurriendo a la noción de representación, como lo hizo en un segundo momento Hart:

Cuando niños u otras personas que no son *sui juris* tienen derechos, los poderes en cuestión y las obligaciones correlativas son ejercido a su nombre por representantes y su ejercicio puede quedar sujeto a ratificación por un tribunal. Pero como (a) lo que esos representantes pueden o no pueden hacer al ejercer esos poderes es determinado por lo que sus representados podrían haber hecho, si fueran *sui juris*, y (b) cuando el representado se haga *sui juris* podrá ejercer esos poderes sin necesidad de transferencia ni reasignación alguna, los poderes en cuestión son considerados como pertenecientes en todo momento al representado y no al representante, aunque solo este puede ejercerlos en momento de incapacidad³³.

Esta explicación soluciona el problema anterior, porque ahora podemos volver a distinguir, con contenido, las categorías de capacidad de goce y de ejercicio, la personalidad y la agencia. Pero lo hace al precio de convertir a la teoría de la voluntad en una proto-teoría del interés.

2.3. La superación de las teorías de la voluntad

Dada la corrección hartiana, el solo hecho de que X detente un poder ya no implica inmediatamente que X tiene un derecho, porque X puede detentarlo

31 Para una de las formulaciones más conocidas de esta objeción véase MacCormick, D. N. *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right*. En *Legal Right and Social Democracy*. Oxford: Clarendon Press, 1982.

32 Kurki. *Animals, Slaves, and Corporations*, 1080.

33 Hart. *Bentham on Legal Rights*, cit., 184; trad. libre. “En un segundo momento” porque antes Hart había sostenido una versión de la teoría de la voluntad que implicaba que “no debemos extender a los animales y a los bebés, a quienes está mal maltratar, la noción de un derecho a ser tratados bien, porque la situación moral puede ser simple y adecuadamente descrita diciendo que está mal o que debemos no maltratarlos o [...] que tenemos un deber de no maltratarlos”. Hart, H. L. A. *Are there any Natural Rights*. En *The Philosophical Review*. 64, 2, 1955, 181; trad. libre.

como representante de Y, en cuyo caso Y será el titular del derecho. ¿Cómo diferenciar el caso en que por detentar un poder X tiene un derecho del caso en que X detenta un poder, pero es Y quién tiene el derecho? Hart ofrece dos criterios: que lo que el titular del poder puede hacer en tanto tal está determinado por lo que el representado podría hacer si fuera *sui juris*, y que el representado se hará titular de esos poderes cuando alcance la capacidad de ejercicio, sin necesidad de acto de transferencia alguno.

Estos criterios son demasiado estrechos, porque solo se aplican a quienes son temporalmente incapaces de ejercer sus poderes, no a quienes han perdido definitivamente o nunca han tenido esa aptitud. Pero incluso en aquellos casos en los que se aplicarían, no es claro qué quiere decir que el que actúa a nombre del titular del derecho está vinculado por lo que el titular del derecho “podría haber hecho”. Si es una cuestión puramente descriptiva (es decir, si significa que lo que vincula al representante es lo que hoy el representado haría si fuera competente para actuar), el criterio no sirve siquiera en el caso al que obviamente se aplica, el de un menor de edad que en algún momento alcanzará la plena capacidad. En efecto, todo el sentido de la representación es que el representado en este caso no tiene las condiciones cognitivas y volitivas para actuar responsablemente en protección de sí mismo, lo que quiere decir: lo que el representado *hoy* podría haber hecho si fuera capaz no es un criterio de corrección de la acción del representante.

Quizás estamos interpretando el criterio hartiano de modo exageradamente literal; quizás no hace referencia a lo que *hoy* el representado podría haber hecho si fuera plenamente capaz, sino a lo que podría haber hecho si hoy tuviera las condiciones que lo harían capaz (por ejemplo, si hoy tuviera 18 en vez de 5 años). Pero, ¿cómo se responde una pregunta contrafáctica como esta? La única manera de hacerlo con sentido es transformarla en una cuestión no sobre la voluntad que el menor de edad habría tenido si no hubiera sido menor de edad, sino sobre el interés del menor de edad: lo que este criterio implica es que el representante tiene que actuar teniendo a la vista el interés del representado, no el suyo propio. Así entendido, el criterio efectivamente es útil, y adicionalmente sirve para solucionar los casos de personas cuya incapacidad de actuar directamente no es temporal sino perpetua, como el de las personas jurídicas: efectivamente, el directorio de una sociedad anónima tiene el deber de actuar teniendo a la vista solo el interés de la sociedad, no el interés particular de los miembros del directorio o la mayoría de estos. Los derechos del directorio, como representante de la sociedad (art. 40 de la Ley 18.046), son derechos de la sociedad y no del directorio (o de los directores), entre otras cosas, porque existen para proteger el interés de la sociedad, y lo que el directorio debe hacer está determinado no por lo que

la sociedad podría hacer si fuera capaz de actuar directamente, sino por lo que va en el interés de la sociedad³⁴.

Es decir, lo que permite decir que el poder de X no corresponde a un derecho de X sino de Y es que el interés jurídicamente protegido por ese poder es un interés de Y. Y tiene un derecho porque es su interés el que está protegido. Esto muestra que la teoría del interés *supera* a la teoría de la voluntad, porque no solo puede explicar lo que la teoría de la voluntad no puede explicar, sino también los problemas que enfrenta la teoría de la voluntad. La relación entre ambas teorías no es de inconmensurabilidad, porque hay una asimetría entre ellas: es posible moverse desde la teoría de la voluntad a la teoría del interés aumentando la capacidad explicativa, pero no al revés³⁵.

Esta superioridad de la explicación del derecho subjetivo en términos de intereses protegidos sobre una en términos de poderes de la voluntad porque solo la primera puede explicar, como veremos a continuación, el régimen jurídico característicamente aplicable a esos poderes.

2.4. Las teorías del interés

Fue Ihering el que, al final de su obra *El espíritu del derecho romano*³⁶, se encontró con la idea del derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido. Su descubrimiento lo llevó a dejar ese texto y volverse al estudio de la noción de interés, que es el objeto de su estudio posterior *El fin en el derecho*³⁷.

Ya en su formulación inicial IHERING vio que una teoría del interés superaba a la de la voluntad porque no solo permitía explicar el concepto de derecho subjetivo, sino también acomodar adecuadamente la función de la voluntad:

34 Al respecto véase, entre tantos otros, Barros, E. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Jurídica de Chile, 2006, § 56; Paz Ares, C. *Deberes fiduciarios y responsabilidad de los administradores (reflexiones para la reforma legal en Latinoamérica)*. México: OECD, 2002. Disponible en: www.oecd.org/dataoecd/34/19/2576714.pdf; Lagos, O. *La responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas*. En *Revista de Derecho de la Empresa*. 1, 2005, 119-156.

35 Sobre esta idea de asimetría entre teorías, como una solución al problema de la “inconmensurabilidad” entre paradigmas, véase Taylor, C. *Explanation and Social Science*. En *Philosophical Arguments*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989; MacIntyre, A. *Three Rival Versions of Moral Enquiry. Encyclopaedia, Genealogy and Tradition*. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 1990. Para una explicación del mismo argumento véase Atria, F. *Derechos sociales y educación. Un nuevo paradigma de lo público*. Santiago: Lom, 2014, 92-98.

36 Ihering, R. *El espíritu del derecho romano*. Granada: Comares, 1998.

37 Ihering, R. *El fin en el derecho*. Granada: Comares, 2011.

Cuando se emplee el patrimonio, tratándose de locos y de niños, el tutor sería el derecho-habiente. En efecto, el tutor es quien dispone como sujeto del patrimonio, y sobre él recae ese gozo ideal que se asigna como el fin del derecho: el gozo supremo de cumplir un acto de la voluntad. El pupilo tampoco tiene esa utilidad real. En cuanto a nosotros, decimos que el verdadero derecho-habiente es el que puede pretender no querer, sino aprovecharse. La voluntad puede en rigor ser entregada a un tercero y puede paralizarse; la utilidad real no puede someterse a un tercero sin que el derecho mismo le alcance. El sujeto del derecho es aquel al que la ley destina la utilidad del derecho (el destinatario); la misión del derecho no es otra que la de garantizar esa utilidad³⁸.

Si uno mira de ese modo los derechos subjetivos es posible diferenciar en principio dos cuestiones (“dos elementos que constituyen el principio del derecho”³⁹): la primera es la pregunta por el interés protegido; la segunda es por la forma de la protección. Un interés supone una determinada perspectiva desde la cual un determinado hecho o estado de cosas es ventajoso, y así puede decirse que es la ventaja que un determinado hecho o estado de cosa significa desde esa perspectiva. En ese sentido, la idea de interés es siempre relativa, supone necesariamente una perspectiva desde la cual el juicio se formula. No tiene sentido decir de algo que “va en el interés”; es necesario especificar que va en el interés *de alguien*. Esto implica que el lenguaje de los derechos supone asumir una perspectiva determinada, la perspectiva desde la cual pueden apreciarse *intereses*.

Esa relatividad necesaria del concepto de “interés” es la “subjetividad” que define al derecho subjetivo: este supone la existencia de intereses, y los intereses suponen una perspectiva desde la cual son determinados. Las personas son esas perspectivas (esta última afirmación debe ser entendida como analítica)⁴⁰.

38 Ihering. *El espíritu del derecho romano*, cit., 1030-1031.

39 *Ibíd.*

40 Hablando de la diferencia entre un organismo y una máquina, Herbert McCabe sostiene: “[Un animal] ve ciertas cosas bajo la luz de alimento, y ve varias otras cosas bajo otras luces, como amenazantes, sexualmente excitantes, repulsivas, etc. En otras palabras, ve significatividad en su ambiente. No está rodeado de hechos neutrales sino de cosas que le importan en diversas maneras. Tiene un mundo. Por un mundo quiero decir un ambiente organizado en términos de significatividad [...]. Un animal es un área de vida sensible, un punto desde el cual un mundo es organizado”. McCabe, H. *Law, Love and Language*. Londres: Sheed and Ward, 1968, 70, 72. Esta idea de que un organismo es *un punto desde el cual un mundo es organizado* es la que explica el vínculo entre personas y derechos subjetivos como intereses protegidos: una persona es una perspectiva desde la cual la cosas que pasan pueden ser organizadas como ventajosas/desventajosas.

Ahora bien, el derecho puede proteger intereses de diversas maneras. No cualquier protección de un interés es un derecho subjetivo. La protección de un interés es un derecho cuando, en las condiciones especificadas, ese interés tiene, respecto de otros intereses en competencia, una dimensión perentoria: “Los derechos son en algún sentido perentorios: si yo tengo un derecho a que tú realices una determinada acción, tu realización de esa acción no es un asunto de cálculo o debate, sino que puede ser exigida ‘como un derecho’”⁴¹.

Es decir, los derechos priman por sobre (algunas) otras consideraciones no por peso, sino por tipo; y cuando lo que estamos considerando son derechos subjetivos en la esfera del derecho privado, estas dimensiones relativa y excluyente del derecho subjetivo se manifiestan en el hecho de que, como el derecho mira a la protección de un interés individualizado, en principio su exigibilidad puede ser ajustada cuando lo requiere ese interés⁴².

En el caso estándar, el titular del interés protegido (= la perspectiva que en virtud de la fuerza perentoria del derecho se declara en esas condiciones dominante) es también la persona a la que se le reconoce una esfera de libertad para decidir cómo ejercerlo para realizar la protección de su interés. Pero es posible que quien tiene esa esfera de libertad no sea el titular del interés protegido, ya porque este tiene una inhabilidad especial, ya porque es persona solo en el sentido de tener capacidad de goce, pero no de ser un agente. Cuando el titular del interés protegido es también el sujeto a quien la ley reconoce poder para decidir cómo (y si) realizar la protección de ese

41 Simmonds, N. E. *Rights at the Cutting Edge*. En *Rights without Trimmings*. Oxford: Oxford University Press, 2000, 176; trad. libre. Esta fuerza perentoria puede ser explicada diciendo que los derechos, respecto de ciertas consideraciones (no necesariamente todas las otras posibles consideraciones), tienen una fuerza “excluyente”. Véase Raz, J. *Practical Reason and Norms*. Princeton: Princeton University Press, 1992, 37-39.

42 Tratándose de derechos que no pertenecen al derecho privado esta segunda dimensión desaparece: los derechos constitucionales, por ejemplo, no admiten ser negociados o renunciados como los derechos subjetivos del derecho privado. Esto, por cierto, es una ventaja adicional de la teoría del interés: permite explicar por qué los derechos constitucionales son efectivamente derechos, aun cuando respecto de ellos nadie tiene el poder que según la teoría de la voluntad define a los derechos; véase MacCormick, D. N. *Institutions of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, 130. Los derechos constitucionales son derechos porque tienen la dimensión perentoria o excluyente ya especificada; Dworkin, famosamente, la caracterizó, hablando de esos derechos, como “cartas de triunfo”: véase Dworkin, R. M. *Rights as Trumps*. En Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984. Nótese que decir que los derechos tienen esta dimensión excluyente no prejuzga el modo en que han de solucionarse los conflictos de derechos: si hay dos razones excluyentes en conflicto, “ellas se cancelan recíprocamente y es falso que hay una razón conclusiva para actuar y falso que hay una razón conclusiva para omitir”. Raz, J. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1979, 75.

interés, esa persona normalmente es, como decía Hart, una suerte de soberano en pequeña escala respecto de ese poder. Que sea soberana no quiere decir que no tenga limitaciones legales, sino que su acción no puede ser calificada de ilícita en atención a que es deficitaria en la protección de ese interés, por no haberlo protegido adecuadamente. Carece de sentido decir que el vendedor que no ejerce su acción para cobrar el precio actúa ilícitamente porque actúa con negligencia en la protección de su interés, o porque prefirió actuar en atención a otros intereses (quizás fue conmovido por la estrechez económica del comprador). Aquí vale la idea de *volenti non fit injuria*. Pero cuando hay divergencia entre el titular del interés y el titular del poder, entonces el titular del poder no es soberano para ejercerlo. En ese caso, el titular del poder tiene el deber de ejercerlo con diligencia y teniendo a la vista no sus intereses, sino los intereses que definen el derecho subjetivo del que se trata⁴³.

Reflexionando sobre la noción de patrimonio, que supone la misma dualidad entre un interés que lo unifica y la capacidad de administrarlo, es decir de decidir cómo usar las protecciones legales (= derechos subjetivos) en promoción de ese interés, Gonzalo Figueroa observa exactamente esto:

Si el sujeto de derecho (o ‘sujeto de goce’) es subjetivo individual (una persona), el ‘sujeto de goce’ y el ‘administrador’ se confunden: será el propio titular el que administre ‘sus’ bienes. En este caso, el poder que el ordenamiento confiere al ‘administrador’ es amplísimo y queda limitado tan sólo por el interés público y por el de los demás intereses que deben respetarse. Pero si el centro de intereses [es decir, el patrimonio] es objetivo, el ‘sujeto de goce’ aparece separado del ‘administrador’, y en este caso los poderes de este último no son tan amplios como en el caso anterior. En este evento, estos poderes están limitados no sólo por el interés público y por el de los otros intereses que deben respetarse, sino especialmente *por el propio interés del centro protegido*, que el ‘administrador’ tendrá que considerar cada vez que resuelva manifestar su voluntad jurídica “en nombre” del sujeto de goce cuyos bienes administra. Se habla entonces de

43 Esta es la idea que sustenta la regla del artículo 12 del Código Civil: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”. Nótese que no se trata aquí de dos casos independientes de derechos irrenunciables, sino de especificación legal: el segundo caso (que la ley prohíba expresamente su renuncia) es una tipificación legal del primero (que no miran solo al interés del titular). La ley prohíbe, por ejemplo, la renuncia anticipada de la prescripción (art. 2494) porque la institución de la prescripción no existe para proteger los derechos del poseedor, sino la estabilidad del régimen de las cosas. Pero una vez cumplido el plazo de prescripción, la cuestión relevante ya no es la operación de la institución de la prescripción sino el derecho que en virtud de ella alguien ha adquirido, y ese derecho es renunciabile.

‘facultad’, ‘poder’ o ‘personería’ del administrador respecto del patrimonio que administra⁴⁴.

A esta aguda observación de Figueroa conviene hacer dos correcciones, que no afectan su tesis central. La primera es que lo que es relevante no es que el “sujeto de goce” y el “sujeto de administración” se confunden cuando el primero es “subjetivo individual” (un ser humano, una “persona natural”) y divergen cuando es “objetivo” (una sociedad o fundación etc., una “persona jurídica”). Es posible que un sujeto de goce “subjetivo-individual” no pueda o no quiera administrar su patrimonio y que entonces, convencional o legalmente, un sujeto distinto asuma la función de administración. La consecuencia señalada por Figueroa se sigue *siempre que ambos sujetos divergen, sea el sujeto de goce una persona natural o una persona jurídica*.

La segunda observación es que lo característico de las situaciones de divergencia entre estos dos sujetos no es una diferencia en la “amplitud” de las facultades del sujeto de administración. La ley puede restringir esas facultades, en atención a intereses distintos de los intereses del titular del derecho (como el caso ya mencionado de la prohibición de renuncia de una prescripción no cumplida). Lo que se sigue en todo caso, cuando hay convergencia entre el titular del interés y el del poder, es la “soberanía en pequeña escala” que ya hemos explicado; y cuando hay divergencia, que el sujeto de administración tiene deberes de lealtad y diligencia que no tendrían sentido en casos de convergencia. Es decir, el sujeto de administración tiene el deber de administrar con diligencia y hacerlo atendiendo a los intereses del sujeto de goce.

3. PERSONAS

3.1. Intereses y personas

Volvamos ahora a la cuestión de las personas y la capacidad de goce, de ser titular de derechos. Vimos más arriba que Kurki creía haber identificado casos en que, asumiendo la óptica de la teoría de la voluntad, había personas que no podían ser titulares de derechos, porque no tenían capacidad de ejercicio. Ahora podemos decir que eso no muestra nada sobre la noción de persona y su relación con la capacidad para ser titular de derechos, sino

44 Figueroa, G. *El patrimonio*. Santiago: Jurídica de Chile, 1991, 48-49.

que muestra un serio defecto de la teoría de la voluntad, que es superado por la teoría del interés.

Kurki cree que esto no soluciona el problema, porque considera que también hay casos de titulares de intereses reconocidos que no pueden tener derechos:

Quienes sostienen que los niños tienen derecho a no ser físicamente maltratados lo hacen suscribiendo la teoría del interés, una concepción de los derechos que identifica los derechos con la protección legal de intereses a través de deberes. El deber de no golpear a los niños va en el interés de los niños, y esa es la razón por la que esos deberes constituyen derechos de los niños afectados. Si aceptamos que esas protecciones pueden legítimamente ser llamadas ‘derechos’, entonces probablemente debemos atribuir también derechos a animales no humanos: el interés de los animales no humanos es protegido de maneras similares, aunque menos robusta, que el de los niños humanos⁴⁵.

Esto muestra, según Kurki, que no puede entenderse la personalidad como la capacidad de goce: “o existen no-personas que tienen derechos, como los animales, o personas que no tienen derechos, como los niños”⁴⁶.

A mi juicio, esto es un error, que es instructivo considerar para determinar exactamente qué es lo que significa que el derecho subjetivo sea un interés jurídicamente protegido. Lo primero que debe decirse es que no toda protección jurídica mediante la imposición de deberes implica un derecho subjetivo. Esto ya ha sido observado al considerar la teoría de la voluntad, que niega que los niños tengan derechos subjetivos pero no necesita negar las protecciones existentes ni recomendar su abolición. Similarmente, hay regulaciones que protegen, por ejemplo, los bosques o los monumentos nacionales, y eso no necesariamente significa que los bosques y los monumentos nacionales tengan derechos (más sobre esto pronto).

Del solo hecho de que haya reglas prohibiendo el maltrato de niños, por consiguiente, no se sigue que ellos tengan el derecho correlativo. La razón por la que se justifica decir que los niños tienen –por cierto– derechos es que esas reglas deben ser entendidas como reglas que protegen un interés *de ellos*. Por esto es que autores como Hans Kelsen alegaron que la noción de derecho subjetivo es “superflua”: porque para identificar el contenido del derecho (objetivo), para dar una descripción completa de la situación, basta describir las prohibiciones (los deberes). Agregar que en virtud de ellas los

45 Kurki. *Animals, Slaves, and Corporations*, cit., 1080; trad. libre.

46 *Ibíd.*

niños tienen derecho a no ser maltratados sería innecesario, algo que “debe ser referido a la doctrina del derecho natural”⁴⁷.

Esto último es consecuencia de la creencia, fundamental para la Teoría Pura del Derecho, de que todo lo que no sea descripción de la *forma jurídica* es “ideología” o “derecho natural”⁴⁸. Pero sirve para mostrar que hablar de derechos subjetivos ya es incorporar las prohibiciones y deberes existentes en una reconstrucción racional de una determinada regulación. Esa es una reconstrucción que se basa en la identificación de los intereses que esas prohibiciones y deberes sirven. Y esta reconstrucción racional del material jurídico formalmente validado no es un mero ejercicio teórico. Por consiguiente no es jurídicamente indiferente reconstruir el derecho en un sentido u otro⁴⁹.

47 Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. R. J. Vernengo (trad.). México: Porrúa, 1991, 142.

48 Es decir, la tesis de que los conceptos jurídicos son conceptos puramente estructurales (formales). Para una discusión (y rechazo) de esta idea, y la explicación alternativa de que los conceptos jurídicos son conceptos funcionales estructuralmente mediados, véase Atria, F. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, 141-145.

49 Un ejemplo de esto es la interpretación del artículo 19 n.º 16 inciso 5.º del texto constitucional, que declara que “la negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores”. El Tribunal Constitucional ha sostenido que esta regla implica que una ley que autoriza la negociación por rama de actividad es inconstitucional (en su sentencia rol 3016 se requirió de inconstitucional de un proyecto que, conforme al requerimiento, era inconstitucional, entre otras cosas, porque autorizaba la negociación ramal). El Tribunal, en esa parte, rechazó el requerimiento, afirmando la constitucionalidad del proyecto, en voto dividido y con voto dirimente de su presidente. El voto por rechazar el requerimiento y afirmar la constitucionalidad del proyecto, en lo que a esto se refiere, lo hizo argumentando que el proyecto no contenía una forma de negociación ramal (implícitamente asumiendo que si fuera negociación ramal sería inconstitucional), mientras el voto por acoger el requerimiento y declarar la inconstitucionalidad del proyecto lo hizo porque entendió que el proyecto autorizaba la negociación ramal). Por cierto, la tesis de que si la Constitución asegura a los trabajadores un derecho la ley no puede extender ese derecho es en sí misma absurda (¡es como decir que si la Constitución asegurara solo el derecho a la integridad física sería inconstitucional una ley que protegiera el derecho a la integridad psíquica!). Pero la cuestión es menos absurda si se hace explícito su supuesto implícito: la regla que asegura a los trabajadores el derecho a la negociación colectiva en la empresa en que trabajen no protege un interés de los trabajadores, sino de los empleadores; es decir que, pese a su texto, lo que el inciso 5.º del n.º 16 del artículo 19 del texto constitucional consagra no es un derecho de los trabajadores, sino un derecho de los empleadores a que no haya negociación colectiva en una esfera superior a la empresa. Por cierto, como una cuestión de interpretación constitucional a mi juicio este supuesto es incorrecto (y también lo es su corolario, la idea de que esta regla proscriba la negociación colectiva ramal), pero el punto ahora no es el de la interpretación correcta de la Constitución (sobre la negociación colectiva ramal en el derecho chileno véase Caamaño, E. y Ugarte, J. L. *Negociación colectiva y libertad sindical*. Santiago: Legal Publishing, 2008). La cuestión es mostrar que la idea kelseniana de que el contenido del derecho (objetivo) queda fijado mirando solo a los

Al intentar especificar la noción de interés aparece la noción de persona en el sentido de ser capaz de tener derechos, es decir, de sujeto de goce. Más arriba hemos visto que un interés es una *perspectiva* desde la cual es posible calificar algún hecho o estado de cosas como beneficioso o no beneficioso, o la ventaja que desde esa perspectiva significa un estado de cosas. Ahora podemos decir: que algo sea en sentido jurídico “persona” quiere decir que *es reconocido por el derecho como una perspectiva suficiente para identificar intereses*.

Esto último es, por ejemplo, lo que en el estado actual del derecho chileno no puede decirse de los bosques y de los monumentos nacionales: lo que justifica las prohibiciones de explotación de determinadas especies y las exigencias regulatorias para la explotación de bosques no es un interés de los árboles, sino de los seres humanos. La perspectiva asumida para justificar esas prohibiciones o regulaciones no es la de los árboles o los bosques, es la de la especie humana⁵⁰.

La discusión puramente normativa acerca de qué/quienes, además de los seres humanos (la naturaleza, los animales no humanos, inteligencia artificial), tienen intereses es, como toda discusión *de lege ferenda*, importante en sus propios términos, pero no dice nada respecto del concepto jurídico-positivo de persona. Por eso no debe confundirse con la discusión propiamente jurídica acerca de qué quiere decir y cómo es posible determinar que el derecho reconoce determinados intereses. Así, por ejemplo, un argumento central en la discusión *de lege ferenda* sobre si el derecho debe reconocer a los animales no humanos intereses es que se trata de seres sintientes, y que todo ser sintiente, es decir capaz de experimentar sufrimiento, tiene un interés que debe ser reconocido por el derecho⁵¹. Pero esta cuestión no debe confundirse con la cuestión de si, *de lege lata*, los intereses de al menos algunos animales son reconocidos. En el caso del derecho chileno, es al menos sostenible que después de la Ley 21.020, de tenencia responsable de mascotas y animales de compañía, algunos intereses de algunos animales

deberes que este impone, de modo que reconstruirlo a la luz de los intereses que protege es “redundante”, es jurídicamente incorrecta.

50 Por eso en el caso de estas regulaciones la conclusión dogmáticamente acertada es probablemente que ellas no son correlativas a derechos de nadie en particular; siendo obligaciones justificadas por un interés de todos, son solo obligaciones, de esas que conforme a Kelsen carecen de un “derecho reflejo”. Véase Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. R. J. Vernengo (trad.). México: Porrúa, 1991, 139.

51 “La pregunta no es: ¿Pueden razonar? Tampoco: ¿Pueden hablar? Sino: ¿Pueden sufrir?”. Bentham, J. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Bowring, J. (ed.). Edimburgo: William Tait, 1859, 143.

no humanos son reconocidos por el derecho. Para decidir esta cuestión lo determinante será si las obligaciones que esa ley impone deben ser entendidas como obligaciones perentorias que van en el interés individualizado de los respectivos animales no humanos. Si la respuesta es afirmativa, habrá que decir que esos animales no humanos son reconocidos como perspectivas desde las cuales puede juzgarse algo como ventajoso/desventajoso, es decir que tienen intereses, lo que quiere decir que esos deberes son correlativos a derechos de los que ellos son titulares, y por consiguiente que son personas.

Nótese que para que los animales no humanos sean personas no es necesario que el derecho lo declare explícitamente, tal como ya hemos visto que para que dejen de ser cosas no es suficiente que el derecho explícitamente declare que no lo son, como lo hace el § 90a del Código Civil alemán. Lo que es decisivo es que, más allá de esas declaraciones, el derecho reconozca sus intereses, es decir que reconozca la relevancia jurídica de la calificación de algunos estados de cosas como beneficiosos/no beneficiosos desde su perspectiva.

3.2. La atribución de derechos

Ahora bien, podría decirse que lo anterior no soluciona sino simplemente relocaliza el problema. La pregunta era, recuérdese, cuándo del hecho de que el derecho imponga deberes que en los hechos “benefician” a algo o a alguien puede colegirse que existe un derecho subjetivo de ese algo o alguien. La respuesta fue que esos deberes corresponden a derechos subjetivos cuando ellos existen para proteger los intereses de ese algo o alguien. Pero ahora uno podría repetir la pregunta: ¿qué es lo que permite decir que un determinado deber existe para proteger un interés de alguien?

Una respuesta posible es la de Matthew Kramer. Kramer se pregunta si una regla que prohíbe pisar el pasto en un parque (que evidentemente busca evitar causar daño al pasto del parque) obliga a una teoría del interés a atribuir un derecho al parque, y se responde negativamente: “Para cualquier atribución, un factor adicional debe ser explícita o implícitamente tomado en cuenta: el estatus moral del ser al que se le atribuye el derecho”⁵².

Esta cuestión dependerá entonces no del derecho, sino de consideraciones morales. Y si la conclusión es que un deber jurídico (como el de no pisar el pasto) protege algo que “no puede ser clasificado como un titular potencial de derechos”, habrá que decir que “[l]os objetos no son los seres *para quienes*

52 Kramer, M. H. *Getting Rights Right*. En Kramer, M. H. (ed.), *Rights, Wrongs and Responsibilities*. Londres: Palgrave Macmillan, 2001, 33; trad. libre.

las obligaciones jurídicas son establecidas; en vez, ellos son los seres *a través de los cuales* o *por aplicación a los cuales* los fines que subyacen a los deberes son realizados⁵³. Entonces:

Aunque los deberes impuestos por la prohibición de pisar el pasto se relacionan esencialmente con el pasto y promueven su florecimiento, los derechos correlativos a esos deberes son detentados no por el pasto sino por el público o la agencia encargada de los parques. Si preguntamos *para qué* se ha prohibido pisar el pasto, responderemos correctamente al decir que es para preservar la vitalidad del pasto; sin embargo, si preguntamos *para quién* las prohibiciones fueron introducidas, sería un error concluir que ellas son para el pasto, en vez de decir que son para las personas que se benefician de la vitalidad del pasto⁵⁴.

Es decir: un deber jurídico debe ser entendido como un derecho subjetivo en la medida en que proteja un interés de algo que sea moralmente apto para tener intereses dignos de protección. Esta respuesta es quizás adecuada en términos morales, pero no en términos jurídicos, precisamente porque en términos jurídicos la cuestión se plantea invertida: como el concepto jurídico de persona (es decir, de sujeto capaz de tener derechos, una perspectiva desde la cual identificar intereses que el derecho protege) es dependiente del derecho mismo (es decir, el derecho puede dar o negar personalidad a entidades que moralmente la merezcan o no), no puede apelarse a una concepción prejurídica para determinar si algo cuenta jurídicamente como persona⁵⁵.

53 Ibid.; trad. libre.

54 Ibid. Kramer sostiene la (implausible) tesis de que la correlatividad de derechos y deberes es analítica y simétrica.

55 Es común, en la reflexión filosófica sobre el concepto de derecho subjetivo, asumir que el concepto jurídico de derecho subjetivo es estructuralmente análogo al concepto moral, de modo que la teorización pasa rápidamente de uno a otro como si se tratara de lo mismo. Pero ya en la caracterización de Ihering se puede observar que esto es más problemático que lo que parece: después de todo, un derecho subjetivo es un interés “jurídicamente protegido”, es decir protegido a través de la forma del derecho. La protección de un interés a través de la forma del derecho implica la creación y atribución de poderes, competencias y consecuencias institucionalmente reconocidas, que no tienen, no inmediatamente al menos, correlato moral. Este es un caso especialmente notorio de lo que podríamos llamar la “relación de vuelta” entre derecho y moral observada por Tony Honoré. Habitualmente se discute el problema de esa relación como los condicionamientos que la moral implica para el derecho, cuando es especialmente interesante preguntarse la medida en que el derecho se proyecta sobre la reflexión respecto de la moral. Honoré agudamente observa que parte importante de nuestra comprensión de la moral es afectada por los conceptos jurídicos; véase Honoré, A. M. *The Dependence of Morality on Law*. En *Oxford Journal of Legal Studies*. 13, 1, 1993, 1-17. Si esto es así, es el concepto moral de derecho subjetivo el que es dependiente de, e iluminado por, el concepto jurídico de derecho subjetivo, y no al revés. Se trata de evitar lo que puede

Una respuesta alternativa es ofrecida por Christopher Stone, en su clásico artículo sobre el reconocimiento de derechos a entidades inanimadas como los árboles:

Primero y más obviamente [...] no puede decirse de una entidad que tiene un derecho si no es el caso que algún órgano público dotado de autoridad está preparado para sujetar a algún grado de escrutinio acciones que son demostrablemente inconsistentes con ese ‘derecho’ [...] Pero para que una cosa sea titular de derechos jurídicos, algo más es necesario. En el sentido en que usaré la expresión “titular de derechos jurídicos”, tres criterios adicionales deben cumplirse. Ellos son, primero, que la cosa pueda iniciar acciones en su interés; segundo, que al determinar conceder protección judicial, el tribunal debe tomar en cuenta el daño a ella; y tercero, que la protección tiene que ir en beneficio de ella⁵⁶.

A diferencia del criterio anterior, puramente moral, este es un criterio que permite caracterizar la forma específica de protección de un interés que permite identificarla como un derecho subjetivo. Las condiciones 2 y 3 muestran que se protege *individualizadamente* un interés. La condición 1, por su parte, refleja la fuerza perentoria de los derechos, y por eso mismo en la versión de Stone es demasiado débil y debe ser corregida al alza. Decir solo que “algún órgano público” está autorizado para sujetar a “algún grado de escrutinio” una acción que lo infringe no es suficiente. El estándar al que ese escrutinio ha de sujetarse debe tener *alguna* fuerza perentoria. Como ya está dicho, esto por cierto no exige que el ‘derecho’ sea absoluto en el sentido de que triunfe sobre todas las posibles consideraciones en conflicto, pero debe al menos triunfar sobre algunas típicamente relevantes. Si en abstracto no puede decirse que el posible derecho triunfa sobre algunas consideraciones relevantes por su tipo, o si las consideraciones sobre las que el pretendido derecho triunfa son consideraciones más bien triviales, entonces no estamos hablando de que haya una protección significativa para ese interés, por lo que no hay un derecho subjetivo.

ser descrito como una “fuga a la moral”, en el sentido explicado en Atria, F. *Una réplica para seguir conversando*. En Gallego, J. (ed.), *El derecho y sus construcciones. Diálogos con “La forma del derecho” de Fernando Atria*. Lima: Palestra, 2020, 570-575).

56 Stone, C. *Should Trees Have Standing? Law, Morality and the Environment*. Nueva York: Oxford University Press, 2010, 4; trad. libre. La condición primera en inglés es “*that the thing can institute legal actions at his behest*”, condición que se cumpliría, según el ejemplo que el autor ofrece más abajo, en caso de que un no nacido pudiera demandar por daños “en su propio nombre (a través de un guardián *ad litem*)” (ibíd.).

Ahora bien, conforme a este criterio, ¿tienen los animales no humanos derechos subjetivos, en el estado actual del derecho chileno?

El artículo 291 bis del Código Penal sanciona como autor de un delito al que “cometiere actos de maltrato o crueldad con animales”. En 2017, la Ley 21.020 introdujo dos formas calificadas de este delito, consistentes, una, en “[causar] al animal daño”, y la otra, en “[causar] lesiones que menoscaben gravemente la integridad física o provocaren la muerte del animal” (art. 36 n.º 3 de la Ley 21.020). La misma ley introdujo un artículo adicional conforme al cual: “Para los efectos del artículo anterior se entenderá por acto de maltrato o crueldad con animales toda acción u omisión, ocasional o reiterada, que injustificadamente causare daño, dolor o sufrimiento al animal” (art. 291 ter del Código Penal).

Comentando la significación de la Ley 21.020, el profesor Juan Pablo Mañalich ha observado que “la regulación ha sustituido la tipificación de un delito de maltrato de animales por un delito de maltrato de animal”⁵⁷. Esta modificación es significativa porque parece indicar que lo protegido desde la Ley 21.020 son intereses individualizados de animales no humanos. Y si es así, la pregunta es si la perspectiva de esos animales, individualmente considerados, constituye una que es jurídicamente reconocida para la identificación de intereses que serían, por eso, jurídicamente reconocidos.

Tomando en cuenta los criterios ya enunciados de Stone, es útil atender a lo dispuesto adicionalmente por la Ley 20.380, de protección de animales:

En casos de maltrato o crueldad con animales, el juez competente para conocer del delito estará facultado para ordenar alguna de las siguientes medidas, sin perjuicio de las demás atribuciones que le competan:

- a) Ordenar que los animales afectados sean retirados del poder de quien los tenga a su cargo para ser colocados al cuidado de una persona natural o jurídica que se designe al efecto.
- b) Disponer el tratamiento veterinario que corresponda, en caso de encontrarse los animales afectados heridos o con deterioro de su salud. (Art. 12 inc. 1.º).

La protección individualizada de la que gozan los animales no humanos desde 2017, sumado a estas medidas, parecería satisfacer las condiciones de Stone. Sin embargo, Mañalich sostiene que esta regulación no crea derechos para

⁵⁷ Mañalich, J. P. *Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos-de-derecho*. En *Revista de Derecho* (Valdivia). 31, 2, 2018, 324.

los animales no humanos, porque la protección que esos animales reciben no cumple (para decirlo con los términos aquí utilizados) la condición de *perentoriedad* identificada más arriba. En efecto:

La definición establecida en el nuevo art. 291 ter del Código Penal incluy[e] una cláusula que hace depender el carácter delictivo de la causación de dolor o sufrimiento al animal respectivo a [*sic*] que esa causación sea injustificada, cláusula que [...] con toda probabilidad habrá de ser interpretada, *a contrario sensu*, como dando lugar a la irrelevancia típica de formas de comportamiento que, no obstante la causación de dolor o sufrimiento al animal afectado, resulten ‘socialmente aceptadas’, en atención a su contribución a la satisfacción de necesidades –alimenticias, farmacológicas, cosméticas o estéticas– de seres humanos⁵⁸.

Por eso la primera exigencia de Stone era demasiado débil, y debía ser corregida para que la protección fuera capaz de triunfar sobre consideraciones contrarias en casos al menos típicamente relevantes. Si la protección alcanza solo a los casos de causación de sufrimiento que carecen de justificación, y si cualquier práctica socialmente aceptada es suficiente justificación, entonces la protección no puede ser calificada de derecho precisamente porque no triunfa sobre otros intereses: proteger un interés solo cuando eso no afecta ningún interés socialmente relevante no es proteger ese interés.

Por cierto, esto no está contenido en el *texto* del nuevo artículo 291 ter del Código Penal: la cuestión es qué quiere decir “injustificadamente”. Es perfectamente posible que la interpretación inicial de esa expresión sea la que Mañalich teme, pero que con el tiempo esa interpretación vaya evolucionando de modo que la protección del interés de los animales no humanos empiece a triunfar sobre otros intereses. El juicio crítico de Mañalich, en ese caso, deberá ser correspondientemente corregido. Ello es una demostración de lo dicho más arriba: la respuesta a la pregunta sobre si una entidad es una cosa o una persona no es determinada por las declaraciones explícitas del derecho.

3.3. ¿Y si (algunos) animales no humanos fueran titulares de derechos subjetivos?

Consideremos ahora la situación si el escepticismo de Mañalich fuera injustificado (o si la evolución aludida al final de la subsección anterior ya se hubiera verificado), de modo que debiéramos afirmar que los animales no humanos

58 Ibid.

son titulares de derechos subjetivos. En esta hipótesis, ¿qué readecuaciones habría que introducir a los conceptos tradicionales?

Ya hemos observado que algunos creen que esto debería llevar a abandonar la dicotomía persona/cosa, porque entonces los animales podrían al mismo tiempo ser sujeto de unos derechos y objeto de otros.

Esto, a mi juicio, ignora que en una dicotomía solo un término necesita ser definido positivamente, y el otro puede serlo negativamente⁵⁹. No es que personas sean quienes pueden ser titulares de derechos y cosas quienes pueden ser objeto de derechos. Esto sería la suma de dos caracterizaciones positivas, y no aseguraría ni la exhaustividad ni la exclusividad de la clasificación. La dicotomía comienza dando una definición positiva de “persona”, en la línea que hemos sugerido más arriba, como un ser capaz de ser titular de derechos subjetivos. Tener capacidad para ser titular de derechos subjetivos es a su vez ser reconocido como un centro de interés, lo que quiere decir: como una perspectiva reconocida que permite organizar un mundo en términos de ventajoso/desventajoso, vale decir que permite identificar intereses.

En la discusión sobre derechos de animales no humanos hay distintas posiciones respecto de este punto. Algunos abogan por el reconocimiento de esos animales como personas⁶⁰, otros sugieren abandonar la dicotomía persona/cosa y entender que existen seres que, sin ser personas, pueden ser titulares de derechos⁶¹.

Esta última posición descansa en un concepto moral de persona⁶². Cuando lo que está en discusión es el concepto de persona en términos jurídicos, la idea de que hay sujetos de derecho (*i.e.* con capacidad de goce) que no son personas es una contradicción en los términos. Si los animales no humanos fueran titulares de derecho, eso inmediatamente implicaría no la abolición de la distinción persona/cosa, sino la superación de la idea, propia de la

59 Véase *supra*, nota 26.

60 A modo de ejemplo, véase Francione, G. L. *Animals as Persons: Essays on the Abolition of Animal Exploitation*. Nueva York: Columbia University Press, 2009, 61-63, *passim*.

61 Kurki, V. A. *A Theory of Legal Personhood*. Oxford: Oxford University Press, 2019, 49-67.

62 “Los animales no calzan en la categoría de personas naturales [...] Los humanos son capaces de controlar intencionalmente su propio comportamiento, de actuar bajo tipos específicos de razones y voliciones. Esta capacidad [...] es esencial para el concepto de personalidad, y necesaria para atribuir plausiblemente la mayoría de los derechos personales”. Pietrzykowski, T. *The Idea of Non-Personal Subjects of Law*. En Kurki, V. A. J. y Pietrzykowski, T. (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*. Cham, Suiza: Springer, 2017, 57.

codificación, de que la categoría de persona es única, de modo que no hay estatus personales diferenciados. Ahora habría personas de categorías distintas, con distintos derechos⁶³.

¿Es esta una conclusión plausible? Si la dicotomía entre persona y cosa es uno de los elementos fundamentales de nuestros sistemas jurídicos, y si la categoría de “persona” es por su parte uno de sus conceptos centrales, ¿es aceptable que la distinción entre persona y cosa quede sujeta a esta indeterminación, con la implicación de que algo será una persona o una cosa según la reconstrucción dogmática preferida? La respuesta a ambas preguntas es afirmativa, aunque lo que está en juego es menos de lo que parece. Lo que es fundamental en la estructura de los sistemas jurídicos de la codificación es la dicotomía persona/cosa, la que conforme al argumento explicado en este artículo no está en discusión ni es, ella misma, indeterminada. En términos de contenido, el estatus especial de la persona humana (“natural”) es efectivamente central, y nada de lo anteriormente dicho la pone en cuestión. Cualquier reconstrucción que negara a “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”, la condición de persona sería por eso inmediatamente descartable, porque el (mismo) estatus de persona de todos los seres humanos es probablemente el punto más firme, más asentado acerca del derecho actual⁶⁴. En lo que va más allá de la persona natural, la cuestión se hace menos evidente, y la necesidad de una respuesta clara y determinada es considerablemente menor. Eso en parte da cuenta de nuestra condición actual, en la que ha habido una “implosión de la vieja distinción jurídica entre personas y cosas”, de modo que esa diferenciación, “como la diferenciación entre naturaleza y cultura, ya no es auto-evidente”⁶⁵.

63 Después de explicar y defender un criterio para identificar los intereses que pueden adscribirse a los animales no humanos, Mañalich sostiene que proteger esos intereses no implica afirmar que los animales no humanos serían personas de segunda clase, sino de “diferente clase”: “porque los derechos que deben ser adscritos a ellos son derechos que promueven y protegen los intereses que esos animales de hecho tienen, y no intereses que no tienen, exactamente como será el caso de animales humanos o no humanos que, al ser capaces de tener intereses no momentáneos, deben ser jurídicamente reconocidos como personas”. Mañalich, J. P. *Animalhood, Interests, and Rights*. En *Journal of Human Rights and the Environment*. 11, 2, 2020, 172.

64 Constituye, podríamos decir, uno de esos puntos de la interpretación y reconstrucción dogmática que Dworkin llama “paradigmas”, que son “ejemplos concretos de los que cualquier interpretación plausible debe dar cuenta, y un argumento contra una interpretación será, siempre que sea posible, que ella no puede incluir o dar cuenta de un paradigma”. Dworkin, R. *Law's Empire*. Londres: Fontana, 1986, 72.

65 Pottage, A. *Introduction: The Fabrication of Persons and Things*. En Pottage, A. y Mundy, M. (eds.), *Law, Anthropology and the Constitution of the Social*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, 1-2.

El argumento de este artículo ha buscado identificar correctamente qué es lo que ha implosionado, y qué es lo que ya no es auto-evidente.

4. COLOFÓN: ¿Y LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA?

En una frase que parece una reacción precisa al pasaje de Detmold citado al inicio de este artículo, la convocatoria a este número especial de la *Revista de Derecho del Estado* sostiene que, en las actuales condiciones de “cambio climático y por el nivel sin precedentes de degradación ambiental”, surge la idea de que “los humanos no son dueños del planeta sino una especie más que cohabita en él”.

El análisis ofrecido en este artículo sirve para entender qué es lo que significaría hacer de la naturaleza un titular de derechos. Significaría reconocer que la naturaleza es una perspectiva desde la cual juzgar un estado de cosas como ventajoso/desventajoso, por lo que tendría sentido hablar de *sus* intereses. Los derechos de la naturaleza serían entonces esos intereses, cuando cumplieran las condiciones del test de Stone en la versión revisada que ya hemos discutido: que alguien pueda iniciar acciones en su nombre, que las medidas reparatorias sean adoptadas en atención al daño sufrido por ella y para su reparación, y que la protección que implican las condiciones anteriores tenga alguna fuerza perentoria respecto de otros intereses en conflicto.

Tiene sentido preguntarse si atribuir derechos a la naturaleza en las condiciones indicadas en el párrafo anterior cambia algo respecto de un modelo de protección de la naturaleza que, sin reconocerle derechos, contara con procedimientos y agencias públicas habilitadas legalmente para prevenir, evaluar, reparar y sancionar el daño ambiental, como es hoy habitual en muchos sistemas jurídicos. Jurídicamente hablando, es claro que todo esto no ha requerido, hasta hoy, usar el lenguaje de los derechos para la naturaleza. ¿Debemos entonces concluir que el análisis contenido en este artículo es insuficiente, en el sentido de que aun cuando se cumplan todas las condiciones ya identificadas no es claro que algo sea una persona?

A mi juicio, en este caso lo peculiar está en la relación que hoy entendemos que hay entre los intereses humanos no individualizados (es decir, los intereses de la humanidad) y los intereses de la naturaleza. Es que precisamente aquí falta la dimensión individuatoria de los intereses que pueda ponerlos en conflicto, porque en las condiciones actuales de crisis ambiental resulta claro que la preservación de la naturaleza puede ser descrita a la vez como un interés de la propia naturaleza y como un interés de la humanidad. La protección de intereses mediante la técnica del derecho subjetivo supone que se trata de intereses individualizados que pueden entrar en conflicto con otros

intereses individualizados. Cuando un interés engloba totalmente a otro, el sentido específicamente jurídico de la idea de derecho subjetivo se pierde. Esto explica que las consecuencias jurídicas que se buscan con la introducción de la idea de que la naturaleza es titular de derechos no requieran, en rigor, reconocer derechos a la naturaleza.

Hay otra cuestión especial tratándose de derechos de la naturaleza que debe ser mencionada aquí. Para apreciarla podemos volver a la observación de Mañalich de que si se les reconocieran derechos los animales no humanos no serían personas de segunda clase, sino de distinta clase, porque aunque se les reconocieran derechos distintos que a los seres humanos, esos derechos corresponderían a los intereses que ellos *de hecho tienen*⁶⁶. Esto es correcto en el caso de los animales no humanos, porque como observamos más arriba siguiendo a McCabe⁶⁷, un animal es un área de vida sensible, un punto desde el cual un mundo es organizado. Pero la estructura de la naturaleza no ordena un mundo en el mismo sentido. Por eso es más difícil hablar de “los intereses que la naturaleza de hecho tiene”, y aquí el reconocimiento jurídico de los intereses de la naturaleza tiene entonces una dimensión más marcadamente constitutiva de esos intereses *qua* intereses de ella.

Todo esto no significa que no tiene sentido hablar de derechos de la naturaleza. La idea de “derechos” es una de las nociones fundamentales del derecho moderno, y tiene un rol en el discurso político que no puede ser ignorado. Es difícil pensar en un interés de la naturaleza que no sea también un interés de la humanidad. Pero en la vida concreta de los sistemas jurídicos, la identificación entre los intereses humanos y los de la humanidad no puede darse por descontada. Los intereses humanos aparecen a su vez individualizados, ya en términos de individuos humanos o en términos de comunidades políticas nacionales, etc. Reconocer a la naturaleza misma como una perspectiva desde la cual identificar lo ventajoso/desventajoso tiene, por eso, un sentido que no se reduce a la dimensión regulatoria que ello implicaría. Políticamente, es la afirmación de un interés independiente de los intereses humanos individualizados que estructuran los sistemas jurídicos modernos; jurídicamente, es la introducción de un nuevo criterio de reconstrucción racional de esos mismos sistemas.

66 Véase *supra*, nota 64.

67 Véase *supra*, nota 41.

REFERENCIAS

- Alessandri, A.; Somarriva, M. y Vodanovic, A. *Curso de derecho civil*. Santiago: Nascimento, 1945.
- Arendt, H. *On Revolution*. Harmondsworth: Penguin, 1977.
- Atria, F. *Derechos sociales y educación. Un nuevo paradigma de lo público*. Santiago: Lom, 2014.
- Atria, F. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Atria, F. *Una réplica para seguir conversando*. En Gallego, J. (ed.), *El derecho y sus construcciones. Diálogos con “La forma del derecho” de Fernando Atria*. Lima: Palestra, 2020, 561-697.
- Barros, E. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Jurídica de Chile, 2006.
- Bentham, J. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Bowring, J. (ed.). Edinburgh: William Tait, 1859.
- Birks, P. *Before We Begin. Five Keys to Land Law*. En S. Bright, S. y Dewar, J. (eds.), *Land Law. Themes and Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- Bright, S. *Of Estates and Interests: A Tale of Ownership and Property Rights*. En Bright, S. y Dewar, J. (eds.), *Land Law. Themes and Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 1998, 528-546.
- Burn, E. H. y Cartwright, J. (eds.). *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Caamaño, E. y Ugarte, J. L. *Negociación colectiva y libertad sindical*. Santiago: Legal Publishing, 2008.
- Davies, C. *Soft Bodies in a Hard World*. Toronto: Anglican Book Center, 1987.
- Detmold, M. J. *Courts and Administrators*. Londres: George Weidenfeld & Nicholson, 1990.
- Dworkin, R. M. *Rights as Trumps*. En Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, 153-167.
- Fernández, A. *Fuzzy Rules and Clear enough Standards: The Uses and Abuses of Pierson v. Post*. En *The University of Toronto Law Journal*. 01/01 2013, 63, 97-125.
- Figuroa, G. *El patrimonio*. Santiago: Jurídica de Chile, 1991, 597-629.
- Francione, G. L. *Animals as Persons: Essays on the Abolition of Animal Exploitation*. Nueva York: Columbia University Press, 2009.
- Hart, H. L. A. *Are There any Natural Rights*. En *The Philosophical Review*. 64, 2, 1955, 175-191.
- Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. G. Carrió (trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

- Hart, H. L. A. *Bentham on Legal Rights*. En *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1982, 162-193.
- Honderich, T. (ed.) *The Oxford Companion to Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Honoré, A. M. *The Dependence of Morality on Law*. En *Oxford Journal of Legal Studies*. 13, 1, 1993, 1-17.
- Ibáñez, A. *Hacia una caracterización teórica del sistema de protección de la propiedad privada en el derecho civil chileno*. En Pereira, E. (ed.), *Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno*. 2019, 141-164.
- Ihering, R. *El espíritu del derecho romano*. Granada: Comares, 1998.
- Ihering, R. *El fin en el derecho*. Granada: Comares, 2011.
- Kaser, M. *Roman Private Law*. Durban: Butterworths, 1965.
- Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. R. J. Vernengo (trad.). México: Porrúa, 1991. 201-263 p.
- Kramer, M. H. *Getting Rights Right*. En Kramer, M. H. (ed.), *Rights, Wrongs and Responsibilities*. Londres: Palgrave Macmillan, 2001, 28-95.
- Kurki, V. A. *Animals, Slaves, and Corporations: Analyzing Legal Thinghood*. En *German Law Journal*. 18, 5, 2017, 1069-1090.
- Kurki, V. A. *A Theory of Legal Personhood*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Lagos, O. *La responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas*. En *Revista de Derecho de la Empresa*. 2005, 1, 119-156.
- MacCormick, D. N. *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right*. En *Legal Right and Social Democracy*. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- MacCormick, D. N. *Institutions of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- MacIntyre, A. *Three Rival Versions of Moral Enquiry. Encyclopaedia, Genealogy and Tradition*. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 1990.
- Mañalich, J. P. *Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos-de-derecho*. En *Revista de Derecho (Valdivia)*. 31, 2, 2018, 321-337.
- Mañalich, J. P. *Animalhood, Interests, and Rights*. En *Journal of Human Rights and the Environment*. 11, 2, 2020, 156-172.
- McCabe, H. *Law, Love and Language*. Londres: Sheed and Ward, 1968.
- Paz Ares, C. *Deberes fiduciarios y responsabilidad de los administradores (reflexiones para la reforma legal en Latinoamérica)*. México: OECD, 2002. Disponible en: www.oecd.org/dataoecd/34/19/2576714.pdf

- Pietrzykowski, T. *The Idea of non-Personal Subjects of Law*. En Kurki, V. A. J. y T. Pietrzykowski, T. (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*. Cham, Suiza: Springer, 2017.
- Pottage, A. *Introduction: The Fabrication of Personas and Things*. En Pottage, A. y Mundy, M. (eds.), *Law, Anthropology and the Constitution of the Social*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, 1-39.
- Raz, J. *Practical Reason and Norms*. Princeton: Princeton University Press, 1992.
- Simmonds, N. E. *Rights at the Cutting Edge*. En *Rights without Trimmings*. Oxford: Oxford University Press, 2000, 113-222.
- Stone, C. *Should Trees Have Standing? Law, Morality and the Environment*. Nueva York: Oxford University Press, 2010.
- Tarello, G. *Ideologías del siglo XVII sobre la codificación y los códigos*. En *Cultura Jurídica y Política del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, 39-56.
- Taylor, C. *Explanation and Social Science*. En *Philosophical Arguments*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989.
- Teubner, G. *Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law*. En *Journal of Law and Society*. 33, 4, 2006, 497-521.
- Trahan, J. R. *The Distinction between Persons & Things: An Historical Perspective*. En *Journal of Civil Law Studies*. 1, 1, 2008.
- Waldron, J. *Property Law*. En Patterson, D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2010.
- Wieling, H. J. *Sachenrecht*. Heidelberg: Springer, 2006.