



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Ciencias Penales

**El Estatus Jurídico y Moral del Animal no-Humano:** Un esbozo  
jurídico-penal de *lege ferenda* encaminado a proteger los derechos del animal no-humano.

Memoria de Grado para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

María Francisca Tapia Thenoux

Profesor guía: Juan Pablo Mañalich Raffo

Santiago de Chile

2020

## Contenido

<b>RESUMEN.....</b>	<b>iii</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I: Fundamentación filosófica para tutelar jurídicamente al animal no- humano.....</b>	<b>5</b>
1.1. El movimiento por los animales, y posturas relativas a la protección del animal no- humano a través de los años.....	5
1.2. El argumento de Christine Korsgaard.....	17
1.3. El argumento de Jorge Riechmann. ....	23
<b>CAPÍTULO II: Fundamentación jurídica para tutelar penalmente al animal no- humano.....</b>	<b>29</b>
2.1. Fundamentación para proteger jurídicamente al animal no-humano.....	29
2.2. El Derecho penal como herramienta comunicativa. ....	33
2.3. El problema del bien jurídico protegido. ....	51
2.4. Fundamentación jurídico-penal para tutelar a los animales no-humanos.....	54
<b>CAPÍTULO III: El animal no-humano en el ordenamiento jurídico chileno.....</b>	<b>55</b>
3.1. Situación jurídica del animal no-humano. ....	55
3.2. El delito de maltrato animal.....	61
3.2.1. Análisis de los artículos 291 <i>bis</i> y 291 <i>ter</i> del Código Penal. ....	71
3.3. Hacia una protección efectiva del animal no-humano.....	86
<b>CONCLUSIÓN .....</b>	<b>89</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>91</b>

## RESUMEN

La presente memoria tiene por objeto fundamentar el deber de protección, en particular, desde la perspectiva del Derecho penal, que tenemos los humanos para con los animales no-humanos, con el objetivo de proponer un nuevo modelo de tutela penal para protegerlos efectivamente.

Ya que para realizar una propuesta de *lege ferenda* se debe contar con un acabado conocimiento del Derecho positivo que se requiere modificar, se estudia:

1. En el primer capítulo, los principales fundamentos filosóficos que nos permiten justificar por qué debemos considerar moralmente al animal no-humano. De esta manera, se estudia el movimiento por los animales a través de los años, poniendo énfasis en las principales posturas relativas a la protección animal, para afirmar que efectivamente los humanos tenemos un deber moral para con los animales no-humanos.
2. En el segundo capítulo, se argumenta a favor de la necesidad de proteger jurídicopenalmente al animal no-humano. Así, se analiza por qué tenemos un deber jurídico para con los animales, se estudia el Derecho penal como mecanismo jurídico idóneo para tutelarlos, se indaga sobre la aptitud de los animales para ser titulares de bienes jurídicos penales, para finalmente establecer por qué efectivamente debemos tutelar jurídicopenalmente al animal no-humano.
3. Finalmente, en el tercer capítulo se estudia la situación en que se encuentra el animal no-humano dentro de la realidad jurídica chilena. Para esto, se contextualiza su estatus jurídico dentro de nuestra legislación, y se analiza el delito de maltrato animal. Finalmente, se realizan recomendaciones para proteger efectivamente al animal no-humano tras fundamentar la necesidad de contar con una nueva legislación penal que efectivamente proteja sus intereses.

**Palabras Claves:** Estatus Jurídico – Animal no Humano – Derecho Penal – Maltrato Animal.

## INTRODUCCIÓN

Con este trabajo se ha pretendido participar en una discusión que en los últimos años ha ganado cada vez más importancia tanto en Chile como en el mundo; el estudio del estatus jurídico y moral del animal no-humano. A partir de la publicación del libro *Animal Liberation* del filósofo australiano Peter Singer en 1975, el movimiento por los animales ha ganado *momentum*<sup>1</sup>. Desde entonces, la cantidad de organizaciones dedicadas a la protección animal se han multiplicado<sup>2</sup>, y la cantidad de vegetarianos y veganos a nivel mundial ha aumentado rápidamente<sup>3</sup>. La protección animal ha alcanzado tal notoriedad que, en el 2017, el Banco Mundial advirtió que el Bienestar Animal es una “cuestión fundamental” para el futuro<sup>4</sup>.

En Chile, el creciente interés por la protección animal se evidencia por el aumento de veganos y vegetarianos<sup>5</sup>, llegando a estimarse que hasta un 6% de la población es vegetariana<sup>6</sup>, y también por el incremento de organizaciones dedicadas a la protección animal<sup>7</sup>. En el ámbito académico, se expande este interés particularmente en las facultades de Derecho, Filosofía y Medicina Veterinaria del país, en las que se realizan congresos, coloquios, charlas, foros y talleres de Derecho Animal. Aparecen cátedras de Derecho Animal en las mallas curriculares de pregrado de varias universidades del país, como también cursos de especialización, y se publican libros en la materia. Este crecimiento en el debate filosófico, el conocimiento científico, y el estudio

---

<sup>1</sup> Robbins, William. “Animal Rights: A Growing Movement in U.S.” *The New York Times*. Última modificación 15 de junio de 1984. <https://www.nytimes.com/1984/06/15/us/animal-rights-a-growing-movement-in-us.html>

<sup>2</sup> En 1980 se funda PETA (People for the Ethical Treatment of Animals), en 1981 se funda el World Animal Protection, en 1991 se funda el Humane Society International, en 1999 se funda Mercy for Animals, entre otras tantas organizaciones.

<sup>3</sup> En un estudio hecho por The Economic and Social Reserch Institute de Dublín en el 2010, se estima que existen unos 75 millones de vegetarianos por elección en el planeta. – Leahy, Eimar et al. “An Estimate of the Number of Vegetarians in the World”, *ESRI*. Última modificación marzo de 2010. <https://www.esri.ie/pubs/WP340.pdf>

<sup>4</sup> Cox, Janice. “World Bank says Animal Welfare is a ‘Critical Issue’ for the Future, Commits to Global Conference on Animal Welfare and Development.” *Eurogroup For Animals*. Última modificación 5 de abril de 2017. <http://www.eurogroupforanimals.org/world-bank-says-animal-welfare-critical-issue-future-commits-global-conference-animal-welfare-development>

<sup>5</sup> Como lo muestra la guía de verano de Homovegetus, “con cada nueva edición de la guía la lista crece. Por cada restaurante o tienda vegana que cierra, surgen 2 o 3 en el mismo periodo”. – Ayala, Alejandro (ed.). “Guía de Servicios, Tiendas y Restaurantes Vegetales de Chile. Verano 2017.” *Homovegetus*. Última modificación diciembre 2016. <http://www.homovegetus.cl/guia-vegana-chile/>

<sup>6</sup> El Desconcierto. “Un 6% de la Población Chilena es Vegetariana.” Última modificación 2 de mayo de 2018. <http://www.eldesconcierto.cl/2018/05/02/un-6-de-la-poblacion-chilena-es-vegetariana/>

<sup>7</sup> En el 2005 se forma la Organización por la Protección y Respeto a los Animales, en el 2009 se funda la Fundación EDRA, en el 2010 se funda la ONG Animal Libre, el 2011 se crea Defensa Animal, en el 2014 la ONG Te Protejo y la Fundación Derecho y Defensa Animal, en el 2015 se funda Defensa Anti-especista, en el 2017 se funda Acción Vegana, entre otras.

jurídico, junto a la creciente concientización de la sociedad que rechaza el sufrimiento animal permite explicar porque no dejan de sucederse iniciativas legislativas a nivel nacional en materia de protección animal<sup>8</sup>.

Sin embargo, este estudio se complica al no ser reconocido de manera seria por parte de la doctrina, y por los profesionales encargados de dictar y ejecutar aquellas normas relacionadas con la protección de los animales. Es más, ciertos términos claves como *sintiencia* ni siquiera son reconocidos por el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), no obstante, su uso es cada vez más generalizado.

Oscar Horta define *sintiencia* como:

La capacidad de experimentar cosas, o sea, de poder vivenciar lo que nos pasa. La sintiencia no consiste en poder recibir estímulos del exterior. Un termostato o una bacteria pueden recibir estímulos y actuar en respuesta a ellos, pero no experimentan esos estímulos como vivencias. En cambio, los seres con sintiencia (o seres sintientes) no son objetos inconscientes. Por el contrario, se enteran de lo que les pasa...<sup>9</sup>.

Además, define a la ética tradicional antropocéntrica como aquel sentido moral en cuyo respecto rige “la asignación de centralidad moral a la satisfacción de los intereses humanos”<sup>10</sup>. Cuando el único criterio para considerar moralmente relevante a un ser es el hecho de pertenecer a la especie humana, se incurre en una discriminación que se ha denominado “especismo antropocéntrico”. Se define al especismo<sup>11</sup> como “la discriminación de aquellos que no son miembros de una cierta especie (o especies). En otras palabras: el favorecimiento injustificado de aquellos que pertenecen a una cierta especie (o especies)”<sup>12</sup>, y se le tilda de antropocéntrico cuando

---

<sup>8</sup> A saber: el Proyecto de Ley Boletín: N° 6589-12 (2 de julio de 2009) que “Establece protección y condición jurídica de los animales”; N° 10514-11 (13 de enero de 2016) que “Modifica el C. Sanitario, en el sentido de prohibir la experimentación en animales para la elaboración de productos cosméticos y la importación de estos últimos si han sido probados en animales”; N° 10689-12 (18 de mayo de 2016) que “Modifica diversos cuerpos legales para establecer la prohibición absoluta de tenencia de animales vivos para su exhibición y empleo en circos y espectáculos circenses”; N° 10830-07 (3 de agosto de 2016) que “Modifica el Código Civil en materia de régimen jurídico aplicable a los animales”; N° 10895-07 (7 de septiembre de 2016) que “Modifica diversos cuerpos legales relativos a delitos que afectan a los animales para otorgarles una efectiva protección en materia penal”; entre otros.

<sup>9</sup> Horta, Óscar, *Un Paso Adelante en Defensa de los Animales*. (Madrid: Plaza y Valdés Editores, 2017), p. 45.

<sup>10</sup> Horta, Óscar, *Términos Básicos para el Análisis del Especismo*. (Madrid: Los Libros de la Catarata, 2008), p. 110.

<sup>11</sup> Término que, a pesar de recientemente ser incorporado a la RAE en diciembre del 2017 como: “1. Discriminación de los animales por considerarlos especies inferiores. 2. Creencia según la cual el ser humano es superior al resto de los animales, y por ello puede utilizarlos en beneficio propio”, aún no ha logrado incorporarse al lenguaje técnico-jurídico.

<sup>12</sup> Horta, *Términos Básicos*, p. 108.

se refiere a la discriminación ejercida en contra de todos aquellos animales que no pertenecen a la especie humana. Discriminación que se rechaza por distintos motivos filosóficos que se abordaran en esta memoria.

En la realidad jurídica chilena, existe una fuerte discordancia entre la consideración moral y el estatus jurídico que detenta el animal no-humano. Cuestión que se hace patente al consultar el artículo 567 del Código Civil, disposición que cataloga a los no-humanos como “cosas muebles semovientes”, no obstante, el reconocimiento por parte de la ciencia, la sociedad, y del mismo ordenamiento jurídico de su capacidad de sentir. Lo que acarrea serías consecuencias en cuanto a la protección que efectivamente puede otorgárseles. Asimismo, existe una esquizofrenia legal relativa a la consideración jurídica del animal no-humano, la que se manifiesta al protegerse sus intereses en ciertas disposiciones jurídicas en donde es considerado como un ser digno de protección (como en los artículos 291 *bis* y 291 *ter* del Código Penal), cuestión que contrasta con el estatus jurídico que le reconoce el Código Civil. Además de esto, los decretos sanitarios del SAG N° 28, 29 y 30, la Ley N° 19.473 de Caza y su Reglamento, la Ley N° 19.162 de Carne, entre otras disposiciones jurídicas, regulan el trato que debe recibir el animal al ser utilizado en ciertas actividades, procurándose proteger el Bienestar Animal<sup>13</sup>. Todo lo cual dificulta el entendimiento de su estatus jurídico como “cosa” ya que, sea que es considerado como una cosa protegida por el Derecho, como un sujeto sintiente, o como un ser digno de protección, no existe una línea clara y coherente en nuestra legislación.

La presente memoria tiene por objeto fundamentar el deber de protección, en particular desde la perspectiva del Derecho penal, que tenemos los humanos para con los animales no-humanos, con el objetivo de proponer un nuevo modelo de protección penal al animal no-humano. Ya que para la realización de una propuesta de *lege ferenda* se debe contar con un acabado conocimiento del Derecho positivo que se requiere modificar, se estudia:

En el primer capítulo, los principales fundamentos filosóficos que nos permiten justificar por qué debemos considerar moralmente al animal no-humano. De esta manera, se estudia el

---

<sup>13</sup> El Bienestar animal “incluye tres elementos: el funcionamiento adecuado del organismo (lo que entre otras cosas supone que los animales estén sanos y bien alimentados), el estado emocional del animal (incluyendo la ausencia de emociones negativas tales como el dolor y el miedo crónico) y la posibilidad de expresar algunas conductas normales propias de la especie”. – Fraser, D., et al. “A Scientific Conception of Animal Welfare that Reflects Ethical Concerns.” *Animal Welfare* 6 (1997), pp. 187 – 205. Traducción por Centro de Educación en Bienestar de Animales de Producción.

movimiento por los animales a través de los años, poniendo énfasis en las principales posturas relativas a la protección animal, para afirmar que efectivamente los humanos tenemos un deber moral para con los animales no-humanos.

En el segundo capítulo, se argumenta a favor de la necesidad de proteger jurídico-penalmente al animal no-humano. Así, se analiza por qué tenemos un deber jurídico para con los animales, se estudia el Derecho penal como mecanismo jurídico idóneo para tutelarlos, se indaga sobre la aptitud de los animales para ser titulares de bienes jurídicos penales, para finalmente establecer por qué efectivamente debemos tutelar jurídico-penalmente al animal no-humano.

Finalmente, en el tercer capítulo se estudia la situación en que se encuentra el animal no-humano dentro de la realidad jurídica chilena. Para esto, se contextualiza su estatus jurídico dentro de nuestra legislación, y se analiza el delito de maltrato animal. Finalmente, se realizan recomendaciones para proteger efectivamente al animal no-humano tras fundamentar la necesidad de contar con una nueva legislación penal que efectivamente proteja sus intereses.

La ley no está hecha para mantenerse estática, su esencia está en poder cambiar de la misma manera que cambia la moral y lo que es considerado como buenas costumbres en la sociedad. El Derecho debe estar a la altura de los cambios sociales que se piden en la sociedad chilena<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Campaña de Animal Libre para prohibir el rodeo, cuenta hasta el momento con 131.387 firmas. – Animal Libre. “El rodeo no puede seguir siendo deporte.” *Change.org*. Consultado el 11 de noviembre de 2018. <https://www.change.org/p/mindepchile-el-rodeo-no-puede-seguir-siendo-deporte>  
Campaña #BeCrueltyFreeChile de ONG Te Protejo y Humane Society International para eliminar las pruebas en animales para cosméticos, cuenta hasta el momento con 75.513 firmas. – Te Protejo y Humane Society International. “#BeCrueltyFree Chile Eliminemos las Pruebas en Animales para Cosméticos.” *Change.org*. Consultado el 11 de noviembre de 2018. <https://www.change.org/p/senado-chile-camaradiputados-becrueltyfree-chile-terminemos-con-las-pruebas-en-animales-para-cosm%C3%A9ticos>  
Campaña de No Más Vivisección para prohibir las pruebas en animales para cosméticos en Chile, cuenta hasta el momento con 63.021 firmas. – No Más Vivisección. “Prohíban las Pruebas en Animales para Cosméticos en Chile.” *Change.org*. Consultado el 11 de noviembre de 2018. <https://www.change.org/p/cosmeticossintesteoanimal-proh%C3%ADban-las-pruebas-en-animales-para-cosm%C3%A9ticos-en-chile-pardachile-vladomirosevic-karolcariola-camila-vallejo>  
Reseña a marcha en contra del rodeo. – CNN Chile. “Masiva Marcha Nacional contra el Rodeo Marca el Comienzo de Septiembre.” 2 de septiembre de 2017. <http://www.cnnchile.com/noticia/2017/09/02/masiva-marcha-nacional-contra-el-rodeo-marca-el-comienzo-de-septiembre>.  
Nota televisiva sobre marcha en contra del maltrato animal. – Teletrece, “Masiva Marcha en Santiago por Maltrato a Perro Cholito.” Consultado el 8 de septiembre de 2018. <http://www.13.cl/programas/bienvenidos/noticias/masiva-marcha-en-santiago-por-maltrato-a-perro-cholito>

# CAPÍTULO I: Fundamentación filosófica para tutelar jurídicamente al animal no-humano.

En este capítulo se estudiarán los principales fundamentos filosóficos que nos permiten justificar por qué los animales deben ser considerados moralmente. De esta manera, se estudiará el movimiento por los animales a través de los años, poniendo énfasis en las principales posturas relativas a la protección animal, para afirmar que efectivamente los humanos tenemos un deber moral para con los animales no-humanos.

## 1.1. El movimiento por los animales, y posturas relativas a la protección del animal no-humano a través de los años.

Desde la Edad Clásica han surgido diversas voces referidas a la consideración moral del animal no-humano. Por ejemplo, Pitágoras (570 – 495 A.C.) reconoció al animal su capacidad de razonar, aunque limitadamente, y su inteligencia a pesar de no poder hablar<sup>15</sup>. Basándose en la creencia de la reencarnación advertía que la ingesta de animales podía resultar en el consumo de un pariente muerto<sup>16</sup>. Por su parte, Plutarco (45 – 127 D.C.) en su tratado *De sollertia*, motivado por el deseo de contrarrestar la posición estoica<sup>17</sup>, se vale del argumento de los casos marginales para defender los intereses de los no-humanos<sup>18</sup>. Además, en su ensayo denominado *De esu carnium*, argumenta a favor del vegetarianismo sobre la base de la moral y la higiene<sup>19</sup>.

[B]ut for the sake of some little mouthful of flesh, we deprive a soul of the sun and light, and of that proportion of life and time it had been born into the world to enjoy. And then we fancy that the voices it utters and screams forth to us are nothing else but certain inarticulate sounds and noises, and not the several deprecations, entreaties, and pleadings of each of them, as it were saying thus

---

<sup>15</sup> “The souls of animals called unreasoning are reasonable, not however with active reasoning powers, because of an imperfect mixture of the bodies and because they do not have the power of speech, as in the case of apes and dogs; for these have intelligence but not the power of speech.” – Fairbanks, Arthur. “Pythagoras and the Pythagoreans.” En *The First Philosophers of Greece*. (Londres: Kegan Paul, Trench, Trübner & Co., 1898), pp. 151 – 152.

<sup>16</sup> Kelch, Thomas G. “A Short History of (Mostly) Western Animal Law: Part I.” *Animal Law* 19, N° 23 (2012), p. 28.

<sup>17</sup> Que sostenía que los animales son incapaces de razonar (por lo que no son merecedores de consideración moral).

<sup>18</sup> “This argument maintains that it is wrong for humans to exploit animals in the belief that only humans are capable of nationality or feeling or perhaps the use of language. These capabilities are not in fact possessed to the same degree by all humans, including, for example, such “marginal cases” as infants, the mentally feeble, or perhaps the severely physically handicapped. Conversely, science daily furnishes new evidence that at least some species of animals have such capabilities in a higher degree than do the marginal cases of humans.” – Newmyer, Stephen T. “Plutarch on the Treatment of Animals: The Argument ‘from Marginal Cases.’” *Between the Species* 12, N° 1 (1996), pp. 40 – 41.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 41.

to us: 'I deprecate not thy necessity (if such there be), but thy wantonness. Kill me for thy feeding, but do not take me off for thy better feeding.' O horrible cruelty!<sup>20</sup>.

Estas voces se silencian en la Edad Media, época en que impera la doctrina cristiana, la cual concibe que el hombre ha sido creado por Dios a su imagen y semejanza, destinado a ocupar una posición central en el universo, estando los demás animales a su servicio<sup>21</sup>. Esta ideología se mantiene prácticamente intacta durante todo el Renacimiento<sup>22</sup> y persiste hasta el siglo XVIII, cuando surge la figura de Immanuel Kant quien, a pesar de negar rotundamente la posibilidad de que los no-humanos pudieran tener derechos, fundamenta un deber indirecto de los humanos hacia los no-humanos:

El hombre y en general todo ser racional existe como un fin en sí mismo, no simplemente como un medio para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad, sino que tanto en las acciones orientadas hacia sí mismo, como en las dirigidas hacia otros seres racionales, el hombre ha de ser considerado siempre al mismo tiempo como un fin<sup>23</sup>.

Ya que solo los humanos pueden ser considerados “fines en sí mismos”, solo ellos pueden ser merecedores de consideración moral<sup>24</sup>. Consideración que también se justifica por la capacidad que tienen las personas humanas para legislar y actuar acorde a sus principios morales. En definitiva, el criterio en que se sustenta es la racionalidad, y no la pertenencia a la especie humana. Debido a nuestra racionalidad podemos elegir actuar moralmente, y así, las personas poseemos dignidad<sup>25</sup>. En la medida que los animales no tienen conciencia de sí mismos y no son seres

---

<sup>20</sup> “Pero, por el placer de un pequeño bocado de carne, privamos a un alma del sol y la luz, y de esa porción de vida y tiempo que había nacido para disfrutar. Y después creemos que las voces que nos gritan no son nada más que ciertos ruidos y sonidos poco articulados, y no objeciones, súplicas de cada uno de ellos, como si nos estuvieran diciendo que no desprecio tu necesidad (si es que hubiera una), pero si tu capricho. Mátame por tu alimentación, pero no por tu mejor alimentación ¡oh, horrible crueldad!” – “On the Eating of Flesh.” En *The Complete Works of Plutarch: Essays and Miscellanies*. (Nueva York: Crowell, 1909).

<sup>21</sup> Dijo Dios: ‘Hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza. Que tenga autoridad sobre los peces del mar y sobre las aves del cielo, sobre los animales del campo, las fieras salvajes y los reptiles que se arrastran por el suelo’. - Gen 1:26.

<sup>22</sup> Salt, Henry S. “Animals’ Rights: Considered in Relation to Social Progress.” *Animal Rights Library* (1984). Consultado el 29 de agosto de 2018. <http://www.animal-rights-library.com/texts-c/salt01.htm>

<sup>23</sup> Kant, Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, trad. Roberto R. Aramayo. (Madrid: Alianza, 2002), p. 137.

<sup>24</sup> Riechmann, Jorge, *Todos los Animales Somos Hermanos*. (Madrid: Libros de la Catarata, 2005), p. 67.

<sup>25</sup> Morales, Hector. “La Resistencia de la Objeción Especista.” *Derecho y Crítica Social* 1, N° 2 (2015). Así, Kant establecía que “la moralidad es la única condición bajo la cual un ser racional puede ser un fin en sí mismo; porque sólo a través suyo es posible ser un miembro legislador en el reino de los fines. Así pues, la moralidad y la humanidad, en la medida en que ésta es susceptible de aquélla, es lo único que posee dignidad.” – Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, p. 124.

racionales, los humanos no debemos tener deberes inmediatos hacia ellos. No obstante, sí podemos tener deberes indirectos hacia ellos:

Como los animales existen únicamente en tanto que medios y no por su propia voluntad, en la medida que no tienen conciencia de sí mismos [...] no tenemos por lo tanto ningún deber para con ellos de modo inmediato; los deberes para con los animales no representan sino deberes indirectos para con la humanidad<sup>26</sup>.

La razón por la que Kant prescribe un deber hacia los animales es por el correlato que esta obligación tiene para los hombres:

Con respecto a la parte viviente aunque no racional, de la creación, el trato violento y cruel a los animales se opone mucho más íntimamente al deber del hombre hacia sí mismo, porque con ello se embota en el hombre la compasión por el sufrimiento, debilitándose así y destruyéndose paulatinamente una predisposición natural muy útil a la moralidad en la relación con los demás hombres; si bien el hombre tiene derecho a matarlos con rapidez (sin sufrimiento) o también a que trabajen intensamente, aunque no más allá de sus fuerzas (lo mismo que tienen que admitir los hombres), son, por el contrario, abominables los experimentos físicos acompañados de torturas, que tienen por fin únicamente la especulación, cuando el fin pudiera alcanzarse también sin ellos. Incluso la gratitud por los servicios largo tiempo prestados por un viejo caballo o por un perro (como si fueran miembros de la casa) forman parte indirectamente del deber del hombre, es decir, del deber con respecto a estos animales, pero si lo consideramos directamente, es sólo un deber del hombre hacia sí mismo<sup>27</sup>.

En 1892 Henry S. Salt publica *Animals Rights: Considered in Relation to Social Progress*, obra en que manifiesta que los animales poseen una individualidad diferenciada, sensible e inteligente, y que sus derechos se deben extender más allá de la mera protección de su bienestar, pronunciándose a favor del reconocimiento de sus derechos a la vida y a la libertad<sup>28</sup>. En el capítulo primero *The Principle of Animals' Rights*, argumenta a favor de la posibilidad de establecer un derecho animal sobre la base de los derechos fundamentales humanos, entendiendo que si los hombres tienen derechos naturales, los animales también deberían tenerlos ya que existe un vínculo común que nos une. Evita inmiscuirse en la discusión abstracta relativa a la existencia de derechos naturales, pero afirma que, aunque estos no existieran de todas maneras tenemos algo

---

<sup>26</sup> Kant, Immanuel, *Lecciones de Ética*, trad. Roberto R. Aramayo y Concha Roldán. (Barcelona: Editorial Crítica, 2008), p. 287.

<sup>27</sup> Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, trad. Adela Cortina. (Madrid: Editorial Tecnos, 2008), pp. 309 – 310.

<sup>28</sup> Riechmann, *Todos los Animales Somos Hermanos*, p. 68.

muy similar: un sentido de justicia<sup>29</sup> como límite a nuestra libertad personal que nos impide afectar la libertad de otros. Si admitimos que cada hombre debe limitar cierta parte de su libertad a favor de otros, entonces no hay diferencia entre llamar a esto un derecho o no, considerando cualquier discusión posterior una discusión semántica<sup>30</sup>.

Se expresa en contra del especismo (concepto que no sería acuñado sino 76 años después), argumentando que:

[T]he notion of the life of an animal having ‘no moral purpose’, belongs to a class of ideas which cannot possibly be accepted by the advanced humanitarian thought of the present day — it is a purely arbitrary assumption, at variance with our best instincts, at variance with our best science, and absolutely fatal (if the subject be clearly thought out) to any full realization of animals' rights. If we are ever going to do justice to the lower races, we must get rid of the antiquated notion of a ‘great gulf’ fixed between them and mankind, and must recognize the common bond of humanity that unites all living beings in one universal brotherhood<sup>31</sup>.

Es interesante la aclaración que esboza al final de su obra, proclamando:

[T]his essay is not an appeal *ad misericordiam* to those who themselves practice, or who condone in others, the deed against which a protest is here raised. It is not a plea for ‘mercy’ to the ‘brute beasts’ whose sole criminality consists in not belonging to the noble family of homo sapiens. It is addressed rather to those who see and feel that, as has been well said, ‘the great advancement of the world, throughout all ages, is to be measured by the increase of humanity and the decrease of cruelty’ —that man, to be truly man, must cease to abnegate his common fellowship with all living nature—and that the coming realization of human rights will inevitably bring after it the tardier but not less certain realization of the rights of the lower races<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> “If men have not ‘rights’—well, they have an unmistakable intimation of something very similar; a sense of justice which marks the boundary-line where acquiescence ceases and resistance begins; a demand for freedom to live their own life, subject to the necessity of respecting the equal freedom of other people.” – Salt, *Animals’ Rights*.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> “La noción de que la vida de un animal no tiene ‘ningún propósito moral’, pertenece a una clase de ideas que no pueden ser aceptada por el avanzado pensamiento humanitario de la actualidad – es una suposición arbitraria, en desacuerdo con nuestros mejores instintos, en desacuerdo con nuestra mejor ciencia, y absolutamente fatal (si se piensa claramente sobre el tema) para cualquier realización de derechos animales. Si es que pretendemos en algún momento hacer justicia a las razas inferiores, hemos de librarnos de la anticuada noción de que existe un ‘gran abismo’ entre ellos y nosotros, debemos reconocer el vínculo común que une a la humanidad con todos los otros seres vivos en una sola hermandad universal.” – *Ibidem*.

<sup>32</sup> “Este ensayo no es un llamado *ad misericordiam* a aquellos que practican, o que aprueban en otros los hechos que se han protestado acá. No es una súplica por ‘misericordia’ a las ‘bestias brutas’ cuya única criminalidad consiste en no pertenecer a la noble familia de los *homo-sapiens*. Está más bien dirigido a aquellos que creen y sienten que ‘el gran avance del mundo, a través de los años, debe ser medido por el aumento de la humanidad y la disminución de la crueldad’ – que el hombre, para ser realmente hombre, debe dejar de abnegar su compañerismo con todas las criaturas vivas – y que la futura realización de los derechos humanos traerá consigo más tarde, pero inevitablemente, una realización por los derechos de las razas inferiores.” – *Ibidem*.

El siguiente hito en la cronología de los derechos animales viene casi un siglo después. Richard Ryder en 1970 escribe un folleto titulado *Speciesism*<sup>33</sup>, acuñando por primera vez el término. No define el concepto, pero indica que es una discriminación que se establece entre la moral aplicada a los humanos y a los animales<sup>34</sup>.

Since Darwin, scientists have agreed that there is no ‘magical’ essential difference between human and other animals, biologically-speaking. Why then do we make an almost total distinction morally? If all organisms are on one physical continuum, then we should also be on the same moral continuum. The word ‘species’, like the word ‘race’, is not precisely definable. Lions and tigers can interbreed. Under special laboratory conditions it may soon prove possible to mate a gorilla with a professor of biology – will the hairy offspring be kept in a cage or a cradle?<sup>35</sup>.

Cinco años después, Peter Singer publica su obra *Animal Liberation*, la cual procede a definir por primera vez qué se entiende por especismo, contemplándolo como “un prejuicio o actitud parcial favorable a los intereses de los miembros de nuestra propia especie y en contra de los de otras”<sup>36</sup>. En su obra, Singer provee una matriz moral al discurso animalista, cuya ausencia era criticada en las obras de Salt y de Ryder. Esta combina la axiología utilitarista y el principio igualitarista de no discriminación<sup>37</sup>, cuestión que hoy en día es considerada controversial<sup>38</sup>. Ryder posteriormente se distancia del uso dado por Singer del concepto, ya que estaba en contra de la orientación utilitarista adoptada. Marca esta distancia formulando otro principio: el *dolorismo* (*painism*); que concibe que toda consideración moral debe sustentarse en la evitación de

---

<sup>33</sup> “Especismo”.

<sup>34</sup> Leyton, Fabiola, “Literatura Básica en torno al Especismo y los Derechos Animales.” *Revista de Bioética y Derecho*, N° 10 (2010), p. 14.

<sup>35</sup> “Desde Darwin, los científicos han acordado que, biológicamente hablando, no existe una diferencia esencial ‘mágica’ entre los humanos y los otros animales. ¿Por qué entonces hacemos una distinción moral casi total entre estos? Si todos los organismos estamos en un continuo físico, entonces, también deberíamos estar en un continuo moral. La palabra ‘especie’, como la palabra ‘raza’ no pueden definirse precisamente. Los leones y los tigres se pueden aparear. Bajo condiciones de laboratorio especiales podríamos pronto probar que es posible aparear a un gorila con un profesor de biología - ¿su descendencia peluda será mantenida en una jaula o en una cuna?” – Ryder, Richard D. “Speciesism Again: the Original Leaflet.” *Critical Society*, N° 2 (2010). [http://www.criticalsocietyjournal.org.uk/Archives\\_files/1\\_Speciesism\\_Again.pdf](http://www.criticalsocietyjournal.org.uk/Archives_files/1_Speciesism_Again.pdf)

<sup>36</sup> Singer, Peter, *Liberación Animal* (Madrid: Trotta, 1999), p. 42.

<sup>37</sup> Gallego, Javier, “Sobre la Posibilidad de un ‘Derecho Animal’.” En *Derecho Animal: Teoría y Práctica*, p. 151.

<sup>38</sup> “Esto porque, desde la publicación en 1971 de *A Theory of Justice* de John Rawls, entendemos al utilitarismo, y su principio de maximización del bienestar, como incompatible con el igualitarismo, entendido como un principio de distribución de derechos y oportunidades. [...] Contra el utilitarismo, el igualitarismo siempre se ha presentado como un principio de justicia distributiva, que dispone de la identidad personal como criterio mínimo de asignación de derechos formales, recursos materiales y oportunidades de desempeño económico, con el objeto de equiparar las posiciones relativas de los destinatarios de políticas distributivas en un esquema social cooperativo.” – *Ibidem*.

sufrimiento (entendido como cualquier experiencia negativa) y no en la ponderación de intereses, distanciándose de Singer al rechazar la agregación de felicidad como un factor a considerar<sup>39</sup>.

Singer cimienta su defensa hacia los animales no-humanos en la capacidad que estos tienen para sentir dolor al igual que los animales humanos. Es así como su primer capítulo se denomina “Todos los animales son iguales... o por qué el principio ético que fundamenta la igualdad entre los humanos exige que también entendamos la igualdad de los animales”. Desarrollando la tesis que no cabe diferenciar entre el dolor experimentado por los humanos y por los no-humanos, establece que distinguir entre estos implicaría caer en una discriminación arbitraria, asimilando al especismo al racismo y sexismo, y entendiendo que las objeciones hechas a estos también se deberían aplicar al especismo<sup>40</sup>. Por esta razón llama a su obra *Liberación Animal*, siguiendo los movimientos de liberación LGTB+, feministas, y anti-racismo entre otros<sup>41</sup>.

Singer considera a la capacidad de sufrir y disfrutar como requisitos básicos para tener cualquier interés<sup>42</sup>. A propósito, cita a Bentham:

The day may come when the non-human part of the animal creation will acquire the rights that never could have been withheld from them except by the hand of tyranny. The French have already discovered that the blackness of the skin is no reason why a human being should be abandoned without redress to the whims of a tormentor. Perhaps it will some day be recognized that the number of legs, the hairiness of the skin, or the possession of a tail, are equally insufficient reasons for abandoning to the same fate a creature that can feel? What else could be used to draw the line? Is it the faculty of reason or the possession of language? But a full-grown horse or dog is incomparably more rational and conversable than an infant of a day, or a week, or even a month old. Even if that

---

<sup>39</sup> Ryder, Richard D., *Painism: A Modern Morality*. (Londres: Open Gate Press, 2003), pp. 35 – 44. Citado en Gallego, *Sobre la Posibilidad de un ‘Derecho Animal’*, pp. 151 – 152.

<sup>40</sup> Singer, *Liberación Animal*, pp. 14 y 42.

<sup>41</sup> “Es posible que la ‘Liberación Animal’ suene más como una parodia de otros movimientos de liberación que como un objetivo serio. De hecho, la idea de ‘los Derechos de los Animales’ se usó en otro tiempo para ridiculizar el tema de los derechos de las mujeres. Cuando Mary Wollstonecraft, una precursora de las feministas de hoy, publicó su *Vindication of the Rights of Woman* en 1792, muchos consideraron absurdos sus puntos de vista y al poco tiempo apareció una publicación anónima titulada *A Vindication of the Rights of Brutes*. El autor de esta obra satírica (ahora se sabe que fue Thomas Taylor, un distinguido filósofo de Cambridge) intentó rebatir los argumentos de Mary Wollstonecraft demostrando que podían llevarse un paso más lejos. Si tenía sentido hablar de igualdad con respecto a las mujeres, ¿por qué no hacerlo con respecto a perros, gatos y caballos? El razonamiento también parecía válido para estas «bestias», aunque sostener que las bestias tenían derechos era obviamente absurdo. Así, pues, el razonamiento que había conducido a esta conclusión tenía que ser falso, y si era falso al aplicarse a las bestias también tenía que serlo respecto a las mujeres, ya que en ambos casos se habían usado los mismos argumentos.” – *Ibidem*, p. 37.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 43.

were not so, what difference would that make? The question is not Can they reason? or Can they talk? but Can they suffer?<sup>43</sup>

Razona de la siguiente manera: si reconocemos que los animales poseen sistemas nerviosos que evolucionaron de igual manera que los sistemas nerviosos de los humanos<sup>44</sup>, teniendo el dolor una “clara utilidad biológica” y reconociendo que los animales “tienen capacidad para sufrir no sólo por daños físicos directos, sino por miedo, ansiedad, estrés, etc.”<sup>45</sup>, sería arbitrario no reconocer su interés en no sufrir. Y considerando de igual manera que los humanos debemos reconocer que si un ser sufre no existe justificación moral para negarse a tener en cuenta ese sufrimiento, se debe considerar moralmente el sufrimiento animal.

El principio básico de la igualdad no exige un tratamiento igual o idéntico, sino una misma consideración. Considerar de la misma manera a seres diferentes puede llevar a diferentes tratamientos y derechos<sup>46</sup>.

Siguiendo la teoría utilitarista de Bentham, Singer postula que hemos de tener en cuenta cada interés en función de su peso, independiente de quien posea dicho interés. De lo contrario, incumpliríamos la prescripción básica sobre maximización de la utilidad total<sup>47</sup>, debiendo ponderar el resultado que produciría el mayor beneficio y menor perjuicio a la totalidad. Un interés es un interés, tanto si es humano como si es animal, y estos son jerarquizables. “No sería necesariamente caer en el prejuicio de especie el establecer algún tipo de [orden jerárquico] de valor de vidas

---

<sup>43</sup> “Puede llegar el día en que el resto de la creación animal adquiera esos derechos que nunca se le podrían haber negado de no ser por la acción de la tiranía. Los franceses han descubierto ya que la negrura de la piel no es razón para abandonar sin remedio a un ser humano al capricho de quien le atormenta. Puede que llegue un día en que el número de piernas, la vellosidad de la piel o la terminación del *os sacrum* sean razones igualmente insuficientes para abandonar a un ser sensible al mismo destino. ¿Qué otra cosa es la que podría trazar la línea infranqueable? ¿Es la facultad de la razón, o acaso la facultad del discurso? Un caballo o un perro adulto es sin comparación un animal más racional, y también más sociable, que una criatura humana de un día, una semana o incluso un mes. Pero, aun suponiendo que no fuera así, ¿qué nos esclarecería? No debemos preguntarnos: ¿pueden razonar?, ni tampoco: ¿pueden hablar?, sino: ¿pueden sufrir?” – Bentham, Jeremy, “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation.” *Early Modern Texts* (1823), pp. 143 – 144. Traducido en Singer, *Liberación Animal*, p. 43.

<sup>44</sup> “[L]a capacidad de sentir dolor aumenta las probabilidades de supervivencia de la especie, ya que hace que sus miembros eviten las fuentes de daño. Sin duda, es insensato suponer que sistemas nerviosos casi idénticos fisiológicamente, con un origen y una función evolutiva comunes y que llevan a comportamientos parecidos en similares circunstancias, funcionen de un modo radicalmente distinto en el plano de los sentimientos subjetivos.” – *Ibidem*, p. 47.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>47</sup> “[L]a consecución de la máxima satisfacción posible de la suma de los intereses que puedan tener los distintos individuos.” – Horta, Óscar. “El cuestionamiento del antropocentrismo: distintos enfoques normativos.” *Revista de Bioética y Derecho*, N° 16 (2009), p. 36.

diferentes”<sup>48</sup> . En definitiva, mantiene que no es moralmente erróneo reconocerles a ciertos animales algunos derechos y a otros no, ya que todos los seres sintientes son distintos y tienen distintas necesidades. Es más, no todas estas necesidades e intereses son igualmente valiosos para todos y estos pueden jerarquizarse también<sup>49</sup>.

Según Singer, los principales obstáculos que el movimiento de Liberación Animal debe superar son, en primer lugar, “el hecho de que el grupo explotado no puede auto-organizarse en protesta por el tratamiento que recibe”<sup>50</sup>, razón por la cual debemos “alzar la voz por los que no pueden hablar por sí mismos”<sup>51</sup>. En segundo lugar, sostiene que, además, “casi todos los grupos opresores están implicados directamente en la opresión y consideran que se benefician de ella”<sup>52</sup>, siendo difícil encontrar humanos que no se beneficien de su explotación y que estén dispuestos a luchar por ellos. Finalmente, estima que el hábito es la barrera final que el movimiento debe desafiar, afirmando que debemos cambiar “no sólo hábitos de alimentación, sino también de pensamiento y el lenguaje”<sup>53</sup> ya que los “hábitos en nuestra manera de pensar nos hacen pasar por alto descripciones de crueldad con los animales, tachándolas de emocionales y ‘sólo para amantes de los animales’”<sup>54</sup>.

La principal crítica que se le hace a la teoría de Singer es relativa a su incapacidad para diferenciar entre el interés de un ser sintiente de evitar el dolor y su interés de evitar la muerte. El autor no se opone a una muerte indolora, o “humana”, en caso de ser requerida para satisfacer un interés humano. Además, rechaza la idea de que los animales puedan tener derechos, cuestión que se hace patente al manifestar que:

Aunque Bentham habla de ‘derechos’ en el pasaje que he citado, en realidad la discusión trata sobre la igualdad más que sobre los derechos. [...] el peso real del argumento moral no descansa sobre la afirmación de la existencia de un derecho, ya que esto a su vez tiene que justificarse sobre la base de las posibilidades de sentir sufrimiento y felicidad. De esta manera, podemos pedir igualdad para

---

<sup>48</sup> Singer, Peter, *Ética Práctica*. (Barcelona: Editorial Ariel, 1984), pp. 115 – 117.

<sup>49</sup> Riechmann, *Todos los Animales Somos Hermanos*, p. 227.

<sup>50</sup> Singer, *Liberación Animal*, p. 23.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

los animales sin implicarnos en controversias filosóficas sobre la naturaleza última de los derechos<sup>55</sup>.

Este párrafo es introducido en la segunda edición de su libro, pudiendo interpretarse como una respuesta a la literatura surgida en los ochenta que defendía la protección del animal no-humano sobre la base del reconocimiento de derechos fundamentales para ellos<sup>56</sup>.

En 1983, Tom Regan publica *The Case for Animal Rights*, donde, desde una posición deontológica, defiende los derechos de los animales (esto es, excluye la ponderación de intereses defendida por Singer) basándose no solo en la *sintiencia*, sino además en la condición de los seres sintientes de constituirse como sujetos de una vida, capaces de manifestar autoconciencia y de tener una vida psíquica capaz de enriquecer sus experiencias individuales<sup>57</sup>. Sustenta su postura en el principio de que todos los seres sintientes tienen un valor inherente, por lo tanto, han de ser respetados como poseedores de derechos<sup>58</sup>. Así, siguiendo una estrategia argumentativa kantiana prescribe la obligación de reconocer deberes directos en igual medida hacia todos aquellos que detentan este valor inherente<sup>59</sup>. Resuelve la objeción hecha a la teoría de Singer diferenciando entre el interés a la indemnidad física y el interés en vivir, llamando a considerar y resguardar ambos intereses a través de derechos fundamentales<sup>60</sup>.

En 1995 Gary Francione publica *Animals, Property and the Law*, obra en que se enfrenta al estatus institucional del animal. Argumenta que las leyes de bienestar no proveen una verdadera protección al animal no-humano, y que la única manera de terminar la discriminación y las prácticas abusivas institucionalizadas hacia ellos es a través de la abolición de su estatus de

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>56</sup> Gallego, *Sobre la Posibilidad de un 'Derecho Animal'*, p. 155.

<sup>57</sup> Leyton, *Especismo y los Derechos Animales*, p. 15.

<sup>58</sup> Horta, *El Cuestionamiento del Antropocentrismo*, p. 37.

<sup>59</sup> Loewe, *Justicia y Animales*, p. 64.

<sup>60</sup> “[I]ndividuals are subjects-of-a-life if they have beliefs and desires; perception, memory, and a sense of the future, including their own future; an emotional life together with feelings of pleasure and pain; preference- and welfare-interests; the ability to initiate action in pursuit of their desires and goals; a psychophysical identity over time; and an individual welfare in the sense that their experiential life fares well or ill for them, logically independently of their utility for others and logically independently of their being the object of anyone else's interests. Those who satisfy the subject-of-a-life criterion themselves have a distinctive kind of value – inherent value – and are not to be viewed or treated as mere receptacles.” – Regan, Tom, *The Case for Animal Rights*. (Berkeley: University of California Press, 1983), p. 243.

propiedad<sup>61</sup>. Los animales son considerados como “cosas” susceptibles de ser adquiridas, lo que implica que solo tienen un valor extrínseco o condicional como medios para satisfacer necesidades, a quienes se le protege solo en la medida que nos beneficie hacerlo<sup>62</sup>. Por ende, los intereses animales casi siempre serán considerados menos importantes que los de los humanos, aun cuando sus intereses sean significativos y los de los humanos sean triviales. Aunque pretendamos prohibir su sufrimiento “innecesario” mediante la promulgación de leyes bienestaristas, no nos cuestionamos si los usos particulares que hacemos de ellos son necesarios, “*we ask only whether particular treatment is necessary given uses that are per se not necessary*”<sup>63</sup>. Así, critica que, aunque no es necesario para los humanos consumir carne y productos lácteos, no nos cuestionamos sobre la necesidad de consumirlos, y solo nos preguntamos si el dolor y sufrimiento que le imponemos a los animales que utilizamos para producirlos supera el estándar aceptable acorde a las costumbres y las prácticas de la agricultura. El resultado de esto es que raramente el nivel de cuidado impuesto por las leyes bienestaristas supera aquel que un dueño racional le proveería a su propiedad por su propia cuenta, y así, llamamos tratos “humanos” aquellos que, si se infringieran a un humano, llamaríamos tortura<sup>64</sup>.

Posteriormente, en 1996 publica *Rain Without Thunder: The Ideology of the Animal Rights Movement*, obra en que repasa sobre las diferencias teóricas y prácticas entre el movimiento bienestarista y el movimiento por los derechos de los animales. Critica a las regulaciones bienestaristas las cuales, a pesar de querer “humanizar” el trato hacia los animales, realmente no logran mucho más que volver la explotación animal más eficiente<sup>65</sup>. El autor ejemplifica este punto examinando el *Humane Slaughter Act* de 1958 (Estados Unidos), concluyendo que el objetivo final de dicha norma era lograr que el consumidor se sintiera menos culpable por la explotación animal, y no mejorar la situación de los animales<sup>66</sup>. Así, advierte que las regularizaciones bienestarias pueden conseguir un fin adverso a los intereses de los no-humanos, ya que un mayor número de

---

<sup>61</sup> Francione, Gary. “Reflections on ‘Animals, Property, and the Law’ and ‘Rain Without Thunder’.” *Law and Contemporary Problems* 70, N° 1 (2007), p. 9; Leyton, *Especismo y los Derechos Animales*, p. 15; y Gallego, *Sobre la Posibilidad de un ‘Derecho Animal’*, p. 154.

<sup>62</sup> Francione, *Reflections on Animals*, p. 9.

<sup>63</sup> “Solo nos preguntamos si es que ciertos tratos son necesarios, a pesar de que los usos *per se* son innecesarios” – *Ibidem*, p. 10.

<sup>64</sup> “*We do not need to eat animals, wear animals, or use animals for entertainment purposes, and our only defense of these uses is our pleasure, amusement, and convenience. Any suffering that we impose on animals incidental to these uses is ‘unnecessary’ and ‘indefensible.’*” – *Ibidem*, p. 35.

<sup>65</sup> *Ibidem*, pp. 10 – 11.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

personas podría finalmente consumir carne al dejar de sentir remordimiento por su conducta. “[I]f animal interest are to be morally significant, we must accord to nonhumans the basic right not to be treated as property, and this requires that we seek to abolish, and not merely to regulate, institutionalized animal exploitation”<sup>67</sup>. Además, expone la cruda realidad del bienestarismo: a pesar de ser la ideología de protección animal dominante a nivel mundial, no puede negarse que actualmente los animales se encuentran en la peor situación en que se han encontrado en toda su historia. Por lo tanto, empíricamente hablando, acusa que el bienestarismo no ha ayudado a mejorar la situación de los animales<sup>68</sup>.

Concluye que el estatus de propiedad es incompatible con la protección del animal no humano, “although there are limitations on how we use our property, those limits are imposed to benefit other persons (natural or corporate); they are not imposed for the benefit of property itself”<sup>69</sup>. Equipara la situación del animal no-humano a la del esclavo en Norte América, el cual también era considerado propiedad. A pesar de reconocérsele ciertos derechos, estos se encontraban siempre por debajo de los del dueño, pudiendo argumentarse que las leyes de protección de esclavos ni siquiera se establecieron en favor de estos, sino para proteger la propiedad y el patrimonio de sus dueños<sup>70</sup>.

En el 2011, Sue Donaldson y Will Kymlicka publican *Zoopolis. A Political Theory of Animal Rights*, obra en que advierten sobre el impase político en que se encuentra actualmente el movimiento por la defensa animal (*animal advocacy movement*)<sup>71</sup>. Aunque se considere que el movimiento animal ha ganado varias batallas a través de los años, esencialmente ha perdido la guerra. La escala de explotación animal sigue aumentando en el mundo, lo que tiene sentido al considerar que los humanos hemos construido nuestras sociedades, nuestra cultura y nuestra economía sobre la base de estas prácticas, y la mayoría de las personas tienen interés en

---

<sup>67</sup> “Si los intereses de los animales han de ser considerados moralmente significativos, debemos reconocerle a los no-humanos el derecho básico a no ser tratados como propiedad, lo que requiere que busquemos abolir, y no simplemente regular, la explotación animal institucionalizada.” – *Ibidem*, p. 11.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> “Aunque existen limitaciones sobre cómo usar nuestra propiedad, estos límites se imponen para beneficiar a otras personas (naturales o corporativas); no se imponen en beneficio de la propiedad en sí misma.” – *Ibidem*, p. 34.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 38. A aquellos que critican que es imposible otorgarle tal nivel de protección a los animales por la dificultad que implicaría implementar dicho estándar, Francione responde que es imposible proteger a todos los animales humanos de todo sufrimiento, no obstante, de todas maneras las leyes nacionales e internacionales reconocen a los humanos el derecho a la vida, libre de ataduras y torturas.

<sup>71</sup> Donaldson, Sue, y Kymlicka, Will, *Zoopolis. A Political Theory of Animal Rights*. (Oxford: Oxford University Press, 2011), p. 252.

continuarlas. Los autores entienden que la mayoría de los humanos no son “santos morales”, y cualquier teoría que se sustente en pedirle a las personas que actúen como tal está destinada a fracasar, al ser políticamente inefectiva. No obstante, argumentan que la adicción de los humanos a la explotación animal nos está causando daño, es más, hasta se podría decir que nos está matando. Constatan así que las dietas carnívoras son menos saludables que las dietas vegetarianas, y que la industria ganadera es la primera causa del calentamiento global<sup>72</sup>. Asimismo, la colonización de los territorios de animales salvajes está destruyendo los pulmones del planeta, la vitalidad de los suelos, la estabilidad de los climas, y los suministros de agua dulce. En definitiva, advierten que la especie humana no podrá sobrevivir en el planeta si no nos volvemos menos dependientes de la explotación animal<sup>73</sup>. Por esto mismo, afirman que el sistema de explotación animal va a caer inevitablemente por su propio peso, con independencia a que cambiemos nuestras sensibilidades morales; no dejaremos de comer carne porque es lo correcto, sino porque estaremos forzados a hacerlo<sup>74</sup>. Los estudios de las Naciones Unidas han mostrado que para el 2025, simplemente no habrá suficiente agua o tierra para sostener una dieta carnívora para 8 billones de personas, de manera que la carne se volverá un lujo accesible solo para algunos<sup>75</sup>. Bajo esta perspectiva, los autores consideran que teorizar sobre los derechos de los animales puede parecer una cuestión inútil, a pesar de esto sostienen:

[W]e may hope that one day, humans will not view prohibitions on eating animal flesh as a burden or sacrifice, because people will not think of themselves as the sort of people who want to engage in that behaviour. In this way, changing moral sensibilities redefine our sense of self, and hence our sense of self-interest<sup>76</sup>.

Hasta ahora, la teoría de los derechos animales se ha enfocado principalmente en fijar una serie de prohibiciones al comportamiento humano, siguiendo una concepción simplista encaminada a que los animales domésticos se extingan y que los animales salvajes se dejen solos. Al respecto, los autores manifiestan que esta concepción no tiene asidero empírico en cuanto los

---

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 253.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> “Podemos esperar que algún día, los humanos no verán la prohibición de comer animales como una carga o un sacrificio, ya que no se verán a sí mismos como la clase de personas que querían realizar ese tipo de conductas. De esta forma, el cambio de las sensibilidades morales redefine nuestro sentido de ser, y así nuestros intereses propios.” – *Ibidem*, p. 254.

humanos y los no-humanos no pueden ser sellados herméticamente en distintos ambientes. Cuestión que además constituiría un gran riesgo político, ya que los humanos desarrollamos empatía hacia los animales al tener contacto con ellos. Proponen en cambio desarrollar y explorar nuestra relación con los animales, lo que involucraría considerarlos no solo como individuos con derechos básicos, sino también como miembros de la comunidad, con quienes tenemos interdependencia, mutualidad y responsabilidad<sup>77</sup>. Una teoría de derechos animales efectiva debería recalcar no solo los sacrificios que la justicia demanda de nosotros, sino también los beneficios que nos otorgaría esta nueva relación<sup>78</sup>.

## 1.2. El argumento de Christine Korsgaard.

Korsgaard, basándose en la lógica kantiana, explica por qué debemos reconocerles derechos a los animales. Como vimos, para Kant solo los seres racionales tienen la facultad de obrar por la representación de las leyes ya que poseen voluntad. Define al Imperativo Categórico como un mandato moral interno e incondicional expresado a través de un deber ser<sup>79</sup>, y llama Ley Universal al obrar “según una máxima de fines tales que proponérselos pueda ser para cada uno una ley universal”<sup>80</sup>, siendo este el Imperativo Categórico principal. De este se sigue lo que Kant denomina la Fórmula de la Humanidad, que establece:

El hombre y en general todo ser racional existe como un fin en sí mismo, no simplemente como un medio para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad, sino que tanto en las acciones orientadas hacia sí mismo, como en las dirigidas hacia otros seres racionales, el hombre ha de ser considerado siempre al mismo tiempo como un fin<sup>81</sup>.

Además, Kant concibe la existencia de un solo derecho innato, la libertad, como “la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro”<sup>82</sup>. De esta manera, los derechos legales no se fundamentan en la protección de intereses, sino en la maximización de la libertad de cada ciudadano. Sin una institución de derechos legales, los más débiles no podrían actuar acorde a su propio juicio (esto es, no podrían ejercer su libertad) frente a los más fuertes. Aunque los más

---

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 255.

<sup>79</sup> Kant, Immanuel, *Critica de la Razón Práctica*, trad. Emilio Miñana y Villagrasa y Manuel García. (Barcelona: Círculo de Lectores, 1996), p. 64.

<sup>80</sup> Kant, *Metafísica de las Costumbres*, p. 40.

<sup>81</sup> Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, p. 137.

<sup>82</sup> Kant, *Metafísica de las Costumbres*, p. 48.

fuerzas tuvieran buenas intenciones de no interferencia, de todas maneras, no existiría una verdadera libertad al existir una dependencia a las buenas intenciones de otro<sup>83</sup>. Ya que el derecho innato a la libertad es violado cuando una persona se vuelve dependiente de otra, Kant considera un deber de los humanos vivir en un estado político en donde todas las personas puedan hacer valer libremente su derecho.

Esta libertad se extiende a otros derechos: libertad personal, libertad de conciencia, libertad para expresar opiniones, libertad para asociarse, entre otras. El derecho a la propiedad deviene de la libertad para utilizar los objetos naturales para satisfacer nuestros objetivos sin temor a que otros interfieran. Y los animales se consideran como objetos apropiables como consecuencia directa de detentar el estatus moral de “medios”<sup>84</sup>. Sin embargo, Korsgaard en su libro denominado *Fellow Creatures: Our Obligations to the Other Animals* examina los motivos para considerar a los animales como “fines en sí mismos” y no como “medios”. Entendiendo que para Kant la racionalidad<sup>85</sup> (o autonomía) es la propiedad que confiere a los seres un valor o dignidad intrínseca, que los animales carecen al no ser racionales o autónomos. Korsgaard critica dicha propuesta denunciando que es exactamente el tipo de afirmación metafísica que la filosofía kantiana pretende desacreditar.

En la Fórmula de la Humanidad, Kant pretende demostrar que el valor de las personas como fines en sí mismos es una presuposición del hecho de que las personas pueden pensar y así, decidir racionalmente. Su argumento se sustenta sobre la siguiente premisa: porque somos racionales, no podemos perseguir un fin a menos que consideremos que este es bueno<sup>86</sup>.

Lo que nosotros debemos denominar bueno (*gut*) tiene que ser en el juicio de todo hombre razonable un objeto de la facultad de desear, y el mal (*das Böse*) un objeto de horror ante los ojos

---

<sup>83</sup> Korsgaard, Christine M. *Fellow Creatures: Our Obligations to the Other Animals*. (Oxford: Oxford University Press, 2018), p. 190.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> “Intelligence [...] is not the same as rationality. Rationality, as I will use the term, is a normative power grounded in a certain form of selfconsciousness. A rational animal is (at least sometimes) aware of the grounds of her beliefs and actions. By the ‘grounds’ I mean the things that would directly cause her to believe what she believes or to do what she does if she were not in a position to reflect on them. This consciousness puts her in a position to evaluate those grounds and decide whether or not they count as good reasons to act and believe in the ways that they tempt her to act and believe.” – *Ibidem*, p. 84.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 264.

de todo el mundo; por consiguiente, se necesita para este juicio, además del sentido, también la razón<sup>87</sup>.

Con esto no se refiere a que todos debemos preocuparnos por las mismas cosas, sino que, si tengo alguna razón genuina para perseguir un fin, entonces todos los demás deben tener una razón para procurar que lo logre<sup>88</sup>. Solo las decisiones racionales pueden ser consideradas como máximas (leyes universales), no obstante, la mayoría de nuestros “fines” son simplemente el objeto de nuestras inclinaciones, a las que no se le reconoce valor intrínseco<sup>89</sup>.

Es distinto perseguir un fin (el que solo se persigue si se considera absolutamente bueno) a una inclinación (las que solo son buenas para uno mismo). Perseguir una inclinación implica considerar absolutamente bueno actuar según nuestras propias decisiones y perseguir aquello que consideramos bueno solo para nosotros. De manera que, al perseguir aquello que es bueno para uno mismo como si fuera absolutamente bueno, se afirma que uno se considera a sí mismo como un fin en sí mismo<sup>90</sup>. Aun así, para Kant la capacidad de realizar una decisión moral es finalmente lo único que distingue al ser racional como un fin en sí mismo<sup>91</sup>. Korsgaard nota al respecto que pareciera ser que existen dos sentidos ligeramente distintos del uso que Kant da a la categoría de “fin en sí mismo”. Por una parte, en un sentido activo entiende que uno es un fin en sí mismo si uno es capaz de legislar a otros, y así poner a otros bajo la obligación de respetar sus decisiones propias y perseguir sus propios fines. Por el otro lado, en un sentido pasivo, uno es un fin en sí mismo si existe una obligación de tratar a sus fines, o a lo menos a aquello que considera bueno para sí mismo, como absolutamente bueno<sup>92</sup>.

Kant entendía que estos dos sentidos llegaban a un mismo resultado, “juzgando según la mera razón, el hombre no tiene deberes más que hacia el hombre (hacia él mismo o hacia otro); porque su deber hacia cualquier sujeto es una coacción moral ejercida por la voluntad de éste”<sup>93</sup>. Cuestión que Korsgaard no comparte, al indicar que el presupuesto de que somos fines en nosotros

---

<sup>87</sup> Kant, *Critica de la Razón Práctica*, p. 115.

<sup>88</sup> Korsgaard, *Fellow Creatures*, p. 264.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 266.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 422.

<sup>91</sup> “Ahora bien, la moralidad es la condición únicamente bajo la cual un ser racional puede ser fin en sí mismo, porque sólo por ella es posible ser un miembro legislador en el reino de los fines. Así pues, la moralidad, y la humanidad en tanto que ésta es capaz de la misma, es lo único que tiene dignidad.” – Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, p. 201.

<sup>92</sup> Korsgaard, *Fellow Creatures*, p. 271

<sup>93</sup> Kant, *Metafísica de las Costumbres*, p. 308.

mismos porque podemos emitir decisiones racionales no es lo mismo que el presupuesto de que seres racionales son fines en sí mismos porque pueden emitir decisiones racionales<sup>94</sup>. Pareciera tener más sentido que la consideración de fin en sí mismo se base en el hecho que somos la clase de seres para quienes las cosas pueden ser buenas o malas, esto es, que tenemos intereses<sup>95</sup>. A raíz de lo cual, razona:

Without metaphysical insight into a realm of intrinsic values, all we have to go on is that some things are certainly good or bad for us. That then is the starting point from which we build up our system of values – we take those things to be good or bad absolutely – and in doing that we are taking ourselves to be ends in ourselves. But we are not the only beings for whom things can be good or bad; the other animals are no different from us in that respect. So we should regard all animals as ends in themselves<sup>96</sup>.

Ahora bien, ¿los animales deberían tener derechos legales? Según Kant, la coerción solo puede ser utilizada legítimamente para proteger la libertad (una libertad de la que los animales, al no ser racionales, carecerían)<sup>97</sup>. Aplicado al derecho de propiedad, esto implica que, si alguien intenta usar algo que es mío sin mi autorización, estoy legítimamente autorizado para usar la fuerza para evitarlo. Kant también argumenta que no podríamos usar las cosas efectivamente si no ejercemos dominio sobre ellas, ya que alguien podría entrometerse cuando no estamos en posesión (física) de ellas, siendo la propiedad una extensión de nuestra libertad<sup>98</sup>.

Pero Korsgaard cuestiona esta necesidad de adquirir el dominio de las cosas para poder usarlas efectiva y libremente. Entiende que en la época de Kant existía algún sentido en seguir esta premisa, considerando que Kant creía que Dios había otorgado el mundo y todo en su interior al disfrute de la humanidad, y que el argumento de la reciprocidad se encontraba en auge (que mi relación no es con el mismo objeto que digo tener, sino con las otras personas para que no

---

<sup>94</sup> Korsgaard, *Fellow Creatures*, p. 264.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 273.

<sup>96</sup> “Ya que no tenemos una visión metafísica del reino de los valores intrínsecos, todo lo que tenemos para seguir es que algunas cosas son ciertamente buenas o malas para nosotros. Eso es entonces el punto de partida sobre el cual construimos nuestro sistema de valores –aceptamos que esas cosas pueden ser absolutamente buenas o malas– y al hacer esto nos estamos tomando a nosotros como fines en nosotros mismos. Pero no somos los únicos seres para quienes las cosas pueden ser buenas o malas; los otros animales no se diferencian de nosotros en ese respecto. Por lo que deberíamos considerar a todos los animales como fines en sí mismos” – *Ibidem*, pp. 278.

<sup>97</sup> Recordando que los derechos políticos o legales son una autorización para usar la coerción. - Korsgaard, Christine M. “A Kantian Case for Animal Rights,” En *Animal Law – Tier and Rect: Developments and Perspectives in the 21st Century*, ed. Margot Michael, Daniela Kühne, y Julia Hänni. (Zurich: Dike Verlag, 2012), pp. 25 – 26.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 27 y Kant, *Metafísica de las Costumbres*, pp. 56 – 58.

interfieran)<sup>99</sup>. Sin embargo, surge el problema relativo a los derechos individuales. ¿Qué o quién le otorga a uno derecho para apropiarse de algo de la comunidad?<sup>100</sup> Kant postula que existe una voluntad general que lo permitiría. “El derecho a una cosa es el derecho al uso privado de una cosa, de la que estoy en posesión común (originaria o instituida) con todos los demás. Porque esto último es la única condición bajo la que es posible que yo excluya a cualquier otro poseedor del uso privado de la cosa”<sup>101</sup>, lo que se sigue de nuestro derecho innato a la libertad.

Korsgaard estima que Kant no tiene una razón de principio para considerar a los animales como propiedad, simplemente lo asume al entender que el mundo fue otorgado a la humanidad. Pero es inconsistente con la metodología kantiana simplemente aceptar afirmaciones metafísicas sobre valor. Las afirmaciones de valor, al igual que cualquier afirmación que sobrepase el ámbito de la experiencia empírica, deben mostrarse como presupuestos necesarios de la actividad racional. La afirmación de que el mundo fue entregado a la humanidad en común no puede ser probada científicamente, no obstante, podríamos entender la proposición de la propiedad común como un presupuesto de la actividad racional en tanto que:

Todos los hombres están originariamente (es decir, antes de todo acto jurídico del arbitrio) en posesión legítima del suelo, es decir, tienen derecho a existir allí donde la naturaleza o el azar los ha colocado (al margen de su voluntad). Esta posesión [...], es una posesión común, dada la unidad de todos los lugares sobre la superficie de la tierra como superficie esférica [...]. La posesión de todos los hombres sobre la tierra, que precede a todo acto jurídico suyo (está constituida por la naturaleza misma), es una posesión común originaria (*communio possessionis originaria*), cuyo concepto no es empírico ni depende de condiciones temporales, como por ejemplo el concepto inventado, pero nunca demostrable, de una posesión común primitiva (*communio primaeva*), sino un concepto práctico de la razón, que contiene *a priori* el principio según el cual tan sólo los hombres pueden hacer uso del lugar sobre la tierra siguiendo leyes jurídicas<sup>102</sup>.

Kant entiende que anterior a cualquier otro derecho, cada uno de nosotros tiene derecho a estar donde sea que la naturaleza o el azar nos haya puesto. Es parte del derecho a la autonomía, ya que para él el derecho a la tierra se complementa con el derecho a usar sus recursos, se sigue que todos tenemos derecho a sacar lo que necesitamos para sobrevivir<sup>103</sup>. En otras palabras, hemos sido arrojados a este mundo sin otra alternativa más que usar la tierra y sus recursos para

---

<sup>99</sup> Korsgaard, *A Kantian Case for Animal Rights*, p. 29.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>101</sup> Kant, *Metafísica de las Costumbres*, p. 76.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>103</sup> Korsgaard, *A Kantian Case for Animal Rights*, p. 32.

mantenernos y sobrevivir, no tenemos otra opción más que asumir que no hay nada de malo con esto. Pero no somos las únicas criaturas que han sido arrojadas a este mundo sin otra opción que usar la tierra y sus recursos para sobrevivir. Si esta es la base de la presunción del dominio o posesión común, ¿por qué no podemos asumir que la tierra y sus recursos son poseídos en común por todos los animales?<sup>104</sup>.

Es cierto que los seres racionales son los únicos animales que comprenden esta situación en términos morales y normativos, por ende, los únicos seres capaces de presuponer el derecho a usar a la tierra. Pero esto no se sigue con la presuposición de que solo los seres racionales tienen este derecho. Sin credos religiosos previos, es arbitrario realizar cualquier suposición excepto que la tierra pertenece a todas las criaturas que dependen de sus recursos. Solo alguna clase de visión metafísica sobre la posición que detentan los humanos en el universo podría justificar la suposición que el mundo pertenece solo a nosotros, y esa es precisamente la clase de visión metafísica que Kant niega que tengamos. Si la libertad a la que se tiene derecho es finalmente la libertad de usar nuestros propios cuerpos para vivir alguna clase de vida decente, entonces también se podría reconocer (y proteger) esta libertad a los demás animales mediante el Derecho<sup>105</sup>.

Ahora bien, si quisiéramos dejar de lado la presuposición de la posesión o dominio común, deberíamos dejar de lado igualmente la base sobre la cual se sustenta, esto es, el Génesis. De ser así, el mundo no ha sido entregado a los humanos en común, ya que no ha sido entregado a nadie, lo que significa que los humanos no tenemos un dominio legítimo sobre los animales, solo estaríamos ejerciendo nuestro poder arbitrario<sup>106</sup>. Pero volviendo a lo dicho previamente, el punto de partida de la teoría kantiana es que consideramos incorrecto el dominio unilateral de unos individuos a otros<sup>107</sup>. No importan las buenas intenciones que podamos tener hacia los animales, nunca nos podremos relacionar de manera correcta con ellos si no les reconocemos alguna forma de protección legal<sup>108</sup>;

[W]e share a fate with the other animals, for like them, we are thrown into a world that gives no guarantees and are faced with the task of trying to make a home here. It is a presupposition of our own rational agency and of our moral and legal systems that the fate of every such creature, every

---

<sup>104</sup> *Ibidem*, pp. 32 – 33.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 36.

creature for whom life in this world can be good or bad, is something that matters. That is why we should concede the moral claims of the other animals, and protect those claims as a matter of legal right<sup>109</sup>.

### 1.3. El argumento de Jorge Riechmann.

Riechmann, por su parte, estima que la categoría de “fin en sí mismo” es valiosa, y al igual que Korsgaard, afirma que los animales son igualmente fines en sí mismos<sup>110</sup>. Pero para él “[l]os animales no son agentes morales (los niños tampoco), sino sólo pacientes morales, pero ello no obsta para que deban ser tratados como fines en sí mismos”<sup>111</sup>. En su libro *Todos los animales somos hermanos*, abarca los principales fundamentos para atribuirle derechos morales y legales a los animales no-humanos:

#### i. Argumento de la evolución.

Riechmann critica a la filosofía moral y jurídica por aún no aceptar y reconocer los postulados de la teoría de la evolución darwiniana, lo que se evidencia en que todavía se defiende la “tesis de la diferencia antropológica” (doctrina que concibe que existe una barrera infranqueable, o un abismo ontológico entre los humanos y las demás especies del planeta)<sup>112</sup>. Esta tesis resulta incompatible con los conocimientos científicos actuales, siendo lo correcto aceptar que existe un “continuo fisio-biológico-social”. Ninguno de estos niveles constituiría una realidad separada; los humanos no evolucionamos aislados de los demás seres de la tierra, por el contrario, somos una especie más entre muchas otras. Riechmann afirma; “Claro que existen diferencias relevantes entre una [especie] y [otra]: resulta imposible confundir a un ser humano con una trucha o un mapache; hay límites que separan a unas especies de otras. Pero se trata de límites dentro de un continuo”<sup>113</sup>, esto es, “[d]iferencias en cuanto al más y al menos, y no diferencias de naturaleza”<sup>114</sup>. Recurre de modo ejemplar a la diferencia entre el hombre y el chimpancé, con quienes compartimos un antepasado común de hace apenas 5 o 6 millones de años, y con quienes solo diferimos en menos

---

<sup>109</sup> “Compartimos nuestro destino con los otros animales, ya que, como ellos, hemos sido arrojados a un mundo que no otorga garantías y que debemos intentar hacer nuestro hogar. Es una presuposición de nuestra propia agencia racional y de nuestro sistema moral y legal que el destino de cada criatura para quien la vida en este mundo pueda ser buena o mala, debe importar. Por esto debemos reconocer las demandas morales de los otros animales, y proteger estas demandas como una cuestión de Derecho.” – *Ibidem*, p. 37.

<sup>110</sup> Riechmann, *Todos los Animales Somos Hermanos*, p. 67.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

<sup>112</sup> *Ibidem*, pp. 35 – 36.

<sup>113</sup> *Ibidem*, pp. 36 – 37.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 37.

de un uno por ciento de material genético (menos que la diferencia entre un orangután y un chimpancé). Somos parientes tan cercanos que hasta nos podemos trasfundir sangre, ¿en qué momento habrá ocurrido este salto abismal entre los unos y los otros, entre nuestra alma inmortal y la vida desprovista de esta?<sup>115</sup>.

Los defensores de la diferencia antropológica tendrían serias dificultades al distinguir precisamente en qué momento aparece el ser humano, su alma y valor inherente, y nos separamos de nuestros antecesores no-humanos. ¿En qué categoría pondríamos al australopiteco, al *homo-habilis*, al *homo-erectus* y a los neandertales?<sup>116</sup> Por otro lado, ¿qué pasaría con la descendencia peluda entre científico y gorila a la cual Richard Ryder se refiere?

Todas estas interrogantes se pueden resolver aceptando que los humanos no somos seres superiores alejados de los otros animales.

ii. Argumentación zoocéntrica.

Riechmann se basa en la argumentación de cinco pasos de Angelika Krebs para formular la argumentación zoocéntrica utilitarista. Como primer paso, se refiere a que “[I]os criterios intersubjetivos que aplicamos para atribuir capacidad sensitiva a otros seres humanos son aplicables también a los animales”<sup>117</sup>. Al respecto, la Declaración de Cambridge sobre la Conciencia ha establecido que:

La ausencia de un neocórtex no parece impedir que un organismo experimente estados afectivos. Evidencia convergente indica que los animales no humanos poseen los sustratos neuroanatómicos, neuroquímicos y neurofisiológicos de estados conscientes, así como la capacidad de exhibir comportamientos deliberados. Por consiguiente, el peso de la evidencia indica que los seres humanos no son los únicos que poseen los sustratos neurológicos necesarios para generar conciencia. Animales no humanos, incluyendo todos los mamíferos y pájaros, y muchas otras criaturas, incluyendo los pulpos, también poseen estos sustratos neurológicos<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>117</sup> Krebs, Angelika. "Haben wir Moralische Pflichten Gegcnuber Tieren? Das Pathozentrische Argument in der Naturethik." *Deutsche Zeitschrift fur Philosophie* 41, N° 6 (1993), pp. 997 y ss. Citado en Riechmann, *Todos los Animales Somos Hermanos*, p. 68.

<sup>118</sup> Universidad de Cambridge. "Declaración de Cambridge sobre la Conciencia." *Anima*. Consultado el 6 de agosto de 2018. <http://www.anima.org.ar/wp-content/uploads/2016/03/Declaraci%C3%B3n-de-Cambridge-sobre-la-Conciencia.pdf>

Los animales no-humanos son seres sintientes, la ciencia nos ha demostrado que no podemos dudar que sientan placer y dolor. Cuestión que tiene sentido desde una perspectiva evolutiva, ya que nuestra capacidad para sentir dolor y placer es justamente lo que nos ha permitido sobrevivir. Sentimos dolor al encontrarnos frente a estímulos perjudiciales para la preservación de la vida y sentimos placer frente a aquellos estímulos que nos permiten preservar nuestra vida y nuestra especie.

De esto se sigue el segundo paso argumentativo, “[e]n las sensaciones -al contrario de las simples percepciones- está siempre implícito un momento de valoración positiva o negativa. Por ello, para los seres capaces de tener sensaciones tiene sentido hablar de una calidad de vida (subjetiva)<sup>119</sup>”. Esto es, la vida puede ser mejor o peor, teniendo todos los seres sintientes interés en la preservación de la buena vida.

Como tercer paso establece que “vive moralmente quien concede la misma importancia a la buena vida de todos los seres humanos”<sup>120</sup>, punto que es compartido por la mayoría de las morales universalistas.

Sin embargo, los animales no-humanos también pueden tener una buena o mala vida, por lo tanto, como cuarto paso postula que “[e]xcluir a los animales del universo moral, o degradarlos a objetos morales de segunda categoría, con el mero pretexto de que no pertenecen a la especie humana, es tan arbitrario como la exclusión o degradación de negros con el pretexto de su raza o de mujeres con el pretexto de su sexo”<sup>121</sup>.

Como quinto paso, concluye que por todo lo anterior “sólo vive en realidad moralmente quien concede la misma importancia a la buena vida de todos los seres capaces de tener sensaciones”<sup>122</sup>.

### iii. Argumento de las igualdades y diferencias.

No todas las semejanzas y diferencias son relevantes para las distintas sociedades en sus sucesivas etapas históricas. En la Ilustración se sienta la máxima que todos los seres humanos

---

<sup>119</sup> Riechmann, *Todos los Animales Somos Hermanos*, p. 69.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

<sup>121</sup> *Ibidem*. – Sobre esto, Riechmann precisa que la analogía entre especismo, racismo y sexismo no se mantiene en todos los aspectos. Superar al racismo y al sexismo implica reconocer a aquellos que han sido discriminados como sujetos morales, por el otro lado, superar al especismo implica reconocer a los no-humanos como pacientes morales.

<sup>122</sup> *Ibidem*.

nacen esencialmente libres e iguales, a pesar de sus diferencias (como color de piel, capacidades cognitivas, sexo, edad, etc.) se afirma que son iguales en dignidad y derechos. Así, el autor hace un llamado a una segunda Ilustración que abrace la idea que todos los seres vivos compartimos un origen evolutivo común, haciendo un llamado a “[t]ratar a los semejantes como semejantes y a los diferentes como diferentes”<sup>123</sup> lo que implicaría reconocer derechos dependiendo “de las características propias de [cada] ser vivo”<sup>124</sup>.

iv. Argumento para ensanchar la comunidad ética.

Riechmann propone considerar a los animales como pacientes (y no agentes) morales, esto es, no como medios sino como fines en sí mismos, como sujetos de dignidad y respeto<sup>125</sup>. Siguiendo la postura kantiana, el autor acepta que la razón práctica (la racionalidad/libertad) es un rasgo diferencial, pero no del hombre en cuanto tal, sino de la “persona”<sup>126</sup>. Aun así, Riechmann entiende que “el concepto de persona no es coextensivo con el de ser humano”<sup>127</sup>.

Distingue entre organismo humano y persona como agente moral. Siendo la persona “un agente moral dotado de sus atributos típicos (vale decir: es un ser racional, libre, consciente y responsable de sus actos), entonces sólo algunos seres humanos serán personas (los adultos ‘normales’), y habrá humanos que no serán personas en sentido estricto (los niños pequeños, el enfermo en coma profundo, etc.)”<sup>128</sup>. Por el otro lado, define a las cuasi-personas como “aquellos animales superiores que carecen total o parcialmente de alguno de los rasgos definitorios de la persona como agente moral [...] por padecer algún tipo de incapacidad básica, transitoria o no”<sup>129</sup>, siendo una incapacidad transitoria, por ejemplo, la de un niño pequeño o la de un humano con un coma reversible, y no transitoria la de un humano con alguna dificultad cognitiva importante o la de un anciano.

---

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 75. “Sostener que los animales tienen derechos no equivale a mantener que hay igualdad entre los animales y los seres humanos. Cada una de las especies tiene características propias, y a cada una le corresponden ciertos derechos. Sin embargo, se trata de saber si no hay derechos básicos comunes a los seres humanos y cuando menos a ciertas especies animales —mamíferos y pájaros— y si estos derechos no están fundados, en último término, en una especie de igualdad que podría llamarse ‘igualdad viviente’” — *Ibidem*, p. 40.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 204.

<sup>128</sup> *Ibidem*, pp. 205 – 206.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 206.

En lo relativo a los límites entre una categoría y la otra, Riechmann propone que “son cuasi-personas todos aquellos seres humanos que no son personas en sentido moral [...]; y también aquellos animales cuyas capacidades sensoriales, emocionales e intelectuales quedan debajo de aquellos ‘casos límite’ de lo humano”<sup>130</sup>. Así, diremos que las personas, en sentido estricto, son agentes morales, que tienen derechos y deberes, y las cuasi-personas son pacientes morales, que solo pueden tener derechos, pero no deberes<sup>131</sup>.

El autor establece que “[s]ólo de los seres capaces de poseer intereses se predica con sentido que pueden ser titulares de derecho”<sup>132</sup> (argumento que permite excluir a las rocas y a otros objetos inanimados), llamando además a considerar en la discusión ética y jurídica a la responsabilidad como mecanismo auxiliar. Propone finalmente graduar los derechos “en función a las características que poseen los animales en cuestión”<sup>133</sup>.

A modo de crítica a la postura de Riechmann, no se entiende por qué limita la categoría de cuasi-personas a “aquellos animales superiores”, siendo que la única característica relevante para considerar moralmente a un ser es su capacidad de sentir.

Todos estos argumentos permiten concluir que debemos rechazar el especismo, y consecuentemente, debemos reconocer a los animales dentro de la comunidad moral, y así, reconocerles derechos (pero no deberes) y abolir el estatus de propiedad sobre ellos<sup>134</sup>. Un cambio

---

<sup>130</sup> *Ibidem*.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 209. En lo relativo a la objeción del paternalismo que esta ideología implica, “[u]na conducta (o una norma) es paternalista si y sólo si realiza (o establece) (A) con el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas, y (B) sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas [...]. Una conducta o una norma paternalista está justificada éticamente si y sólo si (A) está realmente encaminada hacia la consecución del bien objetivo de una persona o una colectividad; (B) los individuos o la colectividad a quien se aplica o destina la medida no pueden prestar su consentimiento por poseer algún tipo de incapacidad básica –transitoria o no–, y (C) se puede presumir racionalmente que estos prestarían su consentimiento si no estuvieran en la situación de incapacidad indicada en (B) y por lo tanto conocieran cuál es realmente su bien.” – Mugerza, Javier, *El Fundamento de los Derechos Humanos*. (España: Editorial Debate, 1989), pp. 82 – 83. Citado en Riechmann, *Todos los Animales Somos Hermanos*, p. 210; El paternalismo practicado hacia personas que no presentan discapacidad básica alguna resulta preliminarmente injustificable. Sin embargo, se entiende que el paternalismo ejercido respecto a los animales es éticamente justificable, debido a su incapacidad de defender sus derechos por su propia cuenta.

<sup>132</sup> Riechmann, *Todos los Animales Somos Hermanos*, p. 223.

<sup>133</sup> *Ibidem*.

<sup>134</sup> Frente a las objeciones que se realizan al movimiento animal, Oscar Horta se refiere a aquellas que se repiten con mayor frecuencia: A aquellos que proclaman que existe una inevitabilidad asociada al especismo derivada de la naturalidad o del instinto de proteger a la propia especie, Horta razona que; en primer lugar, “nuestras preferencias no justifican que discriminemos a alguien”, aunque efectivamente tendemos a beneficiar a nuestros amigos y familia en la vida social, esto no implica que sea legítimo explotar o matar al resto de los seres humanos, ni discriminarlos de cualquier otro modo. Además Horta reclama que, aunque “una postura sea considerada natural no quiere decir que sea buena, ni que haya que aceptarla o promoverla”, es más, cuestiona que existan actitudes “naturales”. Así, explica que

en la situación moral, social y jurídica del animal es posible, bajo la creencia que la mayoría de las prácticas crueles hacia los animales no son motivadas por maldad, sino por costumbre o indiferencia. Al respecto, Yuval Noah Harari expresa:

De la misma manera que el comercio de esclavos en el Atlántico no fue resultado del odio hacia los africanos, tampoco la moderna industria animal está motivada por la animosidad [...] es impulsada por la indiferencia. La mayoría de las personas que producen y consumen huevos, leche y carne rara vez se detienen a pensar en la suerte de las gallinas, vacas y cerdos cuya carne y emisiones nos comemos. Los que sí piensan en ello suelen aducir que estos animales difieren poco en realidad de las máquinas, pues carecen de sensaciones y emociones, y son incapaces de sufrir. Irónicamente, las mismas disciplinas científicas que diseñan nuestras máquinas de ordeñar y de recoger huevos han demostrado últimamente, y más allá de toda duda razonable, que los mamíferos y las aves poseen una constitución sensorial y emocional compleja<sup>135</sup>.

---

“esto es muy confuso, porque los condicionantes genéticos que podamos tener siempre están mediados por nuestra educación y socialización”. Además, hay muchas conductas que, a pesar de ser consideradas naturales, se estiman indeseables e incluso condenables (desde defecar en público hasta violar o matar a alguien). Por otra parte, recalca que no es cierto que los humanos tengamos una tendencia a respetar a quienes pertenecen a nuestra misma especie, muy por el contrario, ningún animal da muerte a tantos humanos como los humanos. Horta considera que tampoco es correcto afirmar que el especismo es moralmente aceptable porque otros animales de otras especies son especistas. Por una parte, “aún si los animales de otras especies fuesen especistas, ello no justificaría que lo fuésemos tú, yo o cualquier otra persona que pueda asumir la responsabilidad de sus actos”, además, la afirmación misma es empíricamente imposible de comprobar, es incorrecto referirnos a la totalidad de los animales no-humanos en una afirmación sobre carácter, de la misma manera que es imposible comparar la conducta de un perro con la de un suricato. Finalmente, frente a aquellos que reclaman la existencia de alguna tradición cultural, o una práctica religiosa que avale alguna conducta especista, Horta responde que aunque algo sea una tradición, “no supone que esté justificado”. De la misma manera que se critican actualmente aquellas prácticas machistas llevadas a cabo por grupos extremistas religiosos o por ciertas culturas alrededor del mundo (mutilación genital femenina, matrimonios arreglados, prohibición a las mujeres para salir a la calle por sí solas, etc.) podemos criticar moralmente aquellas prácticas que afectan a los no-humanos. – Horta, *Un Paso Adelante en Defensa de los Animales*, p. 32 y ss.

<sup>135</sup> Harari, Yuval Noah, *De Animales a Dioses*. (Santiago: Penguin Random House Grupo Editorial, 2016), p. 377.

## **CAPÍTULO II: Fundamentación jurídica para tutelar penalmente al animal no-humano.**

En este capítulo se argumentará a favor de la necesidad de proteger jurídico-penalmente al animal no-humano. Así, se analizará por qué tenemos un deber jurídico para con los animales, se estudiará el Derecho penal como mecanismo jurídico idóneo para tutelarlos, se indagará sobre la aptitud de los animales para ser titulares de bienes jurídicos penales, para finalmente establecer por qué efectivamente debemos tutelar jurídico-penalmente al animal no-humano.

### **2.1. Fundamentación para proteger jurídicamente al animal no-humano.**

En los últimos años el desafío de las sociedades modernas y moralmente avanzadas ha sido equiparar la balanza entre aquellas personas que han sido discriminadas por sus orígenes étnicos, por su sexualidad, discapacidad, identidad de género, o por su situación socioeconómica, y aquellos que se han beneficiado de dicha discriminación. Todas estas luchas han alcanzado notoriedad gracias a las y los activistas que han trabajado exhaustivamente para que sus voces sean escuchadas, y se han fortalecido al reconocerse jurídicamente. Sin embargo, los animales no-humanos no pueden luchar por sí mismos, no pueden dialogar ni manifestarse en contra del sistema, razón por la cual aquellos que tenemos la capacidad para luchar por ellos debemos hacerlo. Como vimos en el primer capítulo, si sabemos que sienten, si sabemos que sufren, si sabemos que causar sufrimiento a otros es reprochable, ¿cómo podemos seguir avalando un sistema que incentiva y protege prácticas abusivas en contra de otros?

Desde 1894, Henry Salt proclamaba la posibilidad de establecer un *ius animalium* sobre la base de los derechos humanos, recordando a Mary Wollstonecraft, quien publicó el revolucionario texto *Vindication of the Rights of Women* (1792), el cual fue criticado en una época donde era impensado expandir la teoría de los derechos hacia las mujeres, siendo que actualmente podemos reconocer que era un paso inevitable. Tal fue el impacto que provocó su obra que seguidamente se publicó *A Vindication of the Rights of Brutes*, texto que reducía al absurdo los argumentos esgrimidos por Wollstonecraft, estableciendo que estos también podrían aplicarse al caso de los animales<sup>136</sup>.

---

<sup>136</sup> Salt, *Animals' Rights*.

Así, Bentham proclamó:

Why should the law refuse its protection to any sensitive being? The time will come, when humanity will extend its mantle over every thing which breathes. We have begun by attending to the condition of slaves; we shall finish by softening that of all the animals which assist our labours or supply our wants.<sup>137</sup>

Sin embargo, acorde a Salt, el único argumento que se requiere para reconocerle derechos a los animales, y que es suficiente por sí mismo es “*the assertion that animals, as well as men, though, of course, to a far less extent than men, are possessed of a distinctive individuality, and, therefore, are in justice entitled to live their lives*”<sup>138</sup>. Hace un llamado a reconocer el vínculo de hermandad que une a los humanos con todos los otros seres vivientes<sup>139</sup>, estableciendo que; “*If ‘rights’ exist at all –and both feeling and usage indubitably prove that they do exist– they cannot be consistently awarded to men and denied to animals, since the same sense of justice and compassion apply in both cases. ‘Pain is pain,’ says an honest old writer, ‘whether it be inflicted on man or on beast...’*”<sup>140</sup>. Por esto, Salt estima que debemos reconocer derechos fundamentales a los animales no-humanos, por los mismos motivos que reconocemos derechos fundamentales a los animales humanos.

El iusnaturalismo entiende que “*the concept of a natural right is that of a right everyone has irrespective of its recognition by any system of positive laws*”<sup>141</sup>. Siguiendo a la ética

---

<sup>137</sup> “¿Por qué debería la ley rechazar la protección a cualquier ser sensible? Ya llegará el tiempo en que la humanidad extenderá su manto sobre todas las cosas que respiran. Partimos atendiendo a la condición de los esclavos; terminaremos por suavizándonos hacia todos los animales que asisten a nuestras labores y satisfacen nuestras necesidades.” – Bentham, Jeremy. “Chapter XVI: Of the Cultivation of Benevolence.” *Principles of Penal Law: Part III*. Última modificación 17 de diciembre de 2014. [https://ebooks.adelaide.edu.au/b/bentham/jeremy/principles\\_of\\_penal\\_law/part3.html#section74](https://ebooks.adelaide.edu.au/b/bentham/jeremy/principles_of_penal_law/part3.html#section74)

<sup>138</sup> “La afirmación de que los animales, al igual que los humanos, aunque en menor manera, poseen una individualidad distintiva, y por lo tanto, tienen derecho a vivir sus vidas.” – Salt, *Animals’ Rights*.

<sup>139</sup> Rompiendo así aquellas dos contenciones teóricas que explican, según Salt, el por qué la sociedad occidental trata a los animales de manera tan inhumana e insensible. Por una parte, culpa a la doctrina religiosa (en particular a la católica) de implantar la idea de que los animales no tienen almas, por otra parte, culpa a la doctrina Cartesiana que establece que los animales inferiores carecen de conciencia y sentimientos. – *Ibidem*,

<sup>140</sup> “Si los ‘derechos’ existen en absoluto, –y tanto los sentimientos como el uso indudablemente prueban que si existen– no pueden ser consistentemente otorgados al hombre y negados a los animales, ya que el mismo sentido de justicia y compasión aplica a ambos casos. ‘El sufrimiento es sufrimiento,’ dice un honesto antiguo escritor, ‘sea infligido al hombre o a la bestia.’” – *Ibidem*.

<sup>141</sup> “El derecho natural es aquel que todos tienen, independiente de que se reconozcan por el sistema de leyes positivas”. – Gregor, Mary. “Kant on Obligation, Rights and Virtue.” *Jahrbuch Für Recht Und Ethik / Annual Review of Law and Ethics* 1 (1993), p. 92. <http://www.jstor.org/stable/43579285>.

racionalista<sup>142</sup>, tenemos derechos subjetivos porque un sistema normativo los reconoce y protege, los que se justifican en;

El derecho natural, o, como se podría decir en lenguaje más actual, en la moral. [...] cuando apelamos a los derechos humanos como esenciales, en realidad los justificamos con independencia de que un determinado sistema jurídico-político los reconozca o no, e incluso sobre todo y precisamente porque no los respeta. Eso es así porque presuponemos que, desde un punto de vista moral y decisivo, tales libertades, inmunidades o garantías esenciales deberían estar reconocidas de forma efectiva en cualquier sistema jurídico<sup>143</sup>.

Por lo tanto, si consideramos que los animales no-humanos son dignos de consideración moral al igual que los animales humanos, debemos plasmar sus derechos fundamentales dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Por otro lado, si creemos que la moral debería mantenerse alejada del Derecho, siguiendo una corriente iuspositivista<sup>144</sup>, se vuelve relativamente más sencillo el argumento para reconocerle derechos a los animales no-humanos.

Hans Kelsen fue categórico al rechazar la interferencia de aquellos derechos subjetivos reconocidos por las teorías iusnaturalistas más tradicionales, manifestando que “no es admisible [...] la concepción que sostiene que el derecho sea parte de la moral”<sup>145</sup>, ya que no sería posible definir el contenido del Derecho al no poder ser susceptible de conocimiento racional. Así, negó que pudieran existir derechos subjetivos que debieran ser amparados por la norma jurídica, entendiendo que lo primario es la norma, y que los derechos subjetivos son el mero reflejo de la obligación jurídica<sup>146</sup>. “[E]xiste un derecho de alguien únicamente bajo el supuesto de que otro tenga un deber, y esa relación jurídica solo puede nacer de acuerdo con el ordenamiento jurídico objetivo”<sup>147</sup>. Siguiendo esta lógica, y precisamente porque ser un sujeto de derecho no es más que

---

<sup>142</sup> “[C]orriente de pensamiento que está detrás de la extendida creencia actual en que la única justificación del poder es el consentimiento de los ciudadanos y la protección de los derechos humanos” – Ruiz, Alfonso. “Grocio, Pufendorf y el Iusnaturalismo Racionalista.” En *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, coord. Luis Díez-Picazo (Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2014), p. 2863.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 2876.

<sup>144</sup> Entendiendo por tal aquella teoría que postula que los individuos solo tienen derechos si estos han sido creados de manera explícita a través de decisiones políticas, o de manera explícita a través de prácticas sociales. “*Legal positivism*, [...], is the theory that individual have legal rights only insofar as these have been created by explicit political decisions or explicit social practice.” – Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously* (Londres: Bloomsbury Academic, 2013), p. 7.

<sup>145</sup> Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho* (Madrid: Trotta, 2011), p. 48.

<sup>146</sup> *Ibidem*, pp. 68 – 69.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 60.

ser un portador de una licencia expositiva que impone a otros deberes, nada impide que este sujeto sea un ser distinto al ser humano<sup>148</sup>.

En la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen desarrolló a fondo los temas planteados en su primera edición, respecto al concepto de sujeto de derecho, agregó que:

La tesis de que los animales, plantas y objetos inanimados no son sujetos de los derechos reflejos, por no ser ‘personas’, es equivocada, puesto que ‘persona’ significa, como hemos de ver, sujeto de derecho; y si por sujeto de un derecho reflejo se entiende al hombre en cuyo respecto ha de cumplirse la conducta del individuo obligado a ello, entonces los animales, las plantas y los objetos inanimados, en cuyo respecto hay hombres obligados a comportarse de determinada manera, serían en el mismo sentido ‘sujetos’ de un derecho con relación a esas conductas, como el acreedor es sujeto del derecho consistente en la obligación que el deudor tiene en su respecto [...]. También es insuficiente el argumento de que los animales, las plantas y los objetos inanimados no pueden esgrimir ‘pretensiones’ correspondientes a la obligación. Dado que no es esencial para la presencia de un derecho reflejo que se formule una exigencia con respecto de la conducta obligatoria. La circunstancia de que, por cualquier razón, no se formule pretensión o que no pueda formularse, no modifica la situación jurídica<sup>149</sup>.

¿Qué ocurre cuando existe un conflicto entre los derechos de los humanos y los derechos de los no-humanos? Precisamente porque existen relaciones sociales que son esencialmente conflictivas, existe el Derecho<sup>150</sup>. Hoy en día se acepta que los derechos humanos no son derechos absolutos, sino derechos *prima facie*. Generalmente cuando existen conflictos entre los humanos, es porque tenemos una situación en donde dos derechos se enfrentan, haciendo imposible proteger un derecho sin anular el otro<sup>151</sup>. Esta misma reflexión hay que hacer al relacionar los derechos animales con los derechos humanos, al ser derechos *prima facie* y no absolutos, en caso de contrastes, habrá que ponderarlos.

Por lo tanto, ¿en qué sentido se deberían reconocer “derechos subjetivos” a los animales no-humanos? Mañalich se refiere a los tres sentidos en que De Grazia estima es posible adscribir el estatus de titular de derechos morales a un ente cualquiera<sup>152</sup>. En un primer sentido, se puede entender que ser titular de derechos morales equivale a ser un ente que simplemente cuenta

---

<sup>148</sup> Riechmann, *Todos los Animales Somos Hermanos*, p. 222.

<sup>149</sup> Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 2da ed. (Ciudad de México: Porrúa-UNAM, 1991), pp. 141 – 142.

<sup>150</sup> Riechmann, *Todos los Animales Somos Hermanos*, p. 224.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 225.

<sup>152</sup> Mañalich, Juan Pablo. “Animalidad y Subjetividad. Los Animales (No Humanos) como Sujetos-de-Derecho.” *Revista de Derecho* (Valdivia) 31, N° 2 (2018), p. 328, en referencia a De Grazia, David, *Animal Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2002), pp. 14 y ss.

moralmente. De manera que los intereses que le son atribuibles deben ser tomados en cuenta, y no pueden ser legítimamente sacrificados o postergados sin buena razón. En un segundo sentido, se puede entender que ser titular de derechos morales equivale a ser un ente cuyos intereses quedan sometidos al llamado “principio de igual consideración”, lo que significa que sus intereses cuentan de igual manera que los intereses comparables de otros. Finalmente, en un tercer sentido, se puede entender que ser titular de derechos morales equivale a ser un ente en cuyo nombre es posible esgrimir pretensiones que sirvan como premisas para invalidar decisiones de “mera maximización de bienestar sobre la base de una agregación de intereses o preferencias”<sup>153</sup>.

Precisamente en este tercer sentido se debe reconocer estatus moral a los animales no-humanos en términos de una ética de derechos, dado que, como vimos, no hay motivos para condicionar la adscripción de derechos subjetivos exclusivamente a los animales humanos<sup>154</sup>.

Así como en una república contarían como ciudadanos pasivos aquellos cuyos derechos son protegidos por las leyes del Estado en cuya puesta en vigor, empero, ellos no han tenido incidencia, por no ser titulares de derechos de participación política, siendo entonces los ciudadanos activos quienes legislan, también en interés de aquellos, así también cabría reconocer que, en el dominio de la sola moralidad, existimos animales capaces de producir razones vinculantes no solo para y por cuenta de nosotros mismos, sino asimismo y a la vez por cuenta de otros animales cuya naturaleza no los habilita para hacerlo por sí mismos<sup>155</sup>.

Esto implica que se vuelve inadmisibles atribuir el estatus de recursos disponibles para la realización de nuestros fines a los animales no-humanos. Lo que, en definitiva, se traduce en que “el reconocimiento del estatus normativo de sujetos-de-derecho que compartimos con los animales no humanos debe llevar, sin más, a la abolición de toda forma de propiedad sobre animales”<sup>156</sup>.

## **2.2. El Derecho penal como herramienta comunicativa.**

“El establecimiento de una ley penal es un hecho institucional especialmente necesitado de legitimación debido a la inusual intensidad de su carácter potencialmente violador de derechos fundamentales”<sup>157</sup>. Debiendo la ley penal cumplir con exigencias de legitimación como el

---

<sup>153</sup> *Ibidem*.

<sup>154</sup> Mañalich, *Animalidad y Subjetividad*, p. 328.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 334.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 335.

<sup>157</sup> De las Heras, Joaquín. “El Bienestar Animal como Bien Jurídico-Penal.” En *Derecho Animal: Teoría y Práctica*, p. 187.

principio de legalidad, el principio de culpabilidad, y el principio de mínima intervención, “quedando relegado exclusivamente a las perturbaciones más graves de bienes jurídicos merecedores de tal reproche”<sup>158</sup>. Entendiendo que debe regirse por tales principios, es menester justificar por qué debemos recurrir a este mecanismo para tutelar los intereses de los animales no-humanos.

El Derecho penal puede ser definido en sentido objetivo como “aquella parte del ordenamiento jurídico que comprende las normas de acuerdo con las cuales el Estado prohíbe o impone determinadas acciones, y establece penas para la contravención de dichas órdenes”<sup>159</sup>. Definición que no pareciera variar sustancialmente en doctrina en cuanto se refiere a sus caracteres formales, los que se encuentran aceptados de manera generalizada. No obstante, esta definición por sí sola no logra conceptualizar al Derecho penal en su totalidad, faltando una definición de carácter ontológico para aproximarse a un entendimiento más completo del concepto. Sin embargo, es complejo aproximarse a una definición de carácter ontológico si no se tiene entendimiento previo sobre qué es exactamente una pena, pero definir a la pena implica tomar postura acerca la finalidad que se le atribuye a esta.

Para evidenciar este punto, Juan Pablo Mañalich se vale de la definición de pena entregada por Urs Kindhäuser, quien la define como “la irrogación de un mal como expresión de desaprobación por un comportamiento previo defectuoso”<sup>160</sup>. Pudiendo ser descompuesta en tres elementos: (1) La irrogación coercitiva de un mal; (2) que expresa desaprobación; (3) por una conducta previa defectuosa.

---

<sup>158</sup> “Reconocer derechos a los animales no es una cuestión banal. Sus implicaciones son enormes, incluso revolucionarias. Respetar estos derechos significa [...] el final de la agricultura comercial”. – Rodríguez, Jacobo M. “Los Delitos de Maltrato y Abandono de Animales en el Código Penal Español.” *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies* 9, N° 2 (2018), p. 68.

<sup>159</sup> Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal Parte General*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999), p. 21.

<sup>160</sup> Kindhäuser, Urs. “Personalität, Schuld und Vergeltung.” *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* (1989), p. 493. Citado en Mañalich, Juan Pablo. “La Pena Como Retribución.” *Estudios Públicos*, N° 108 (2007), p. 121.

El primer elemento pareciera ser pacífico en todas las teorías de la justificación de la pena, en cuanto se refiere a una característica estructural y no funcional de esta<sup>161</sup>. El segundo y tercer elemento, en cambio, no son compatibles con todas las teorías de justificación de la pena<sup>162</sup>.

Existe un consenso generalizado en doctrina que las leyes penales se encuentran orientadas al servicio de un fin, pero se discute la naturaleza de este. Sea que se impone una pena justa o una pena útil, desde antaño distintos autores han intentado justificar su existencia. Si entendemos a la pena como un acto comunicativo, se discute quiénes son los destinatarios de dicho acto y el contenido del mensaje a transmitir<sup>163</sup>. A pesar de esto, resulta necesario fundamentar el propósito de las normas jurídicas en un Estado de Derecho moderno ya que la imposición de una pena constituye una grave intervención a los derechos fundamentales de los individuos de la comunidad<sup>164</sup>.

Históricamente, han primado dos corrientes, la de la prevención y la de la retribución<sup>165</sup>.

a. Teorías Relativas o de la Prevención.

Son aquellas que miran hacia el futuro, a la prevención o evitación de delitos que en adelante se pudieran cometer<sup>166</sup>. Justifican a la pena en función de su utilidad, por la necesidad de garantizar la subsistencia del orden social<sup>167</sup>. Sus fundamentos se encuentran en los postulados de la filosofía utilitarista, aunque existen vestigios de este pensamiento desde la época de Platón,

---

<sup>161</sup> “Moore distingue tres clases ontológicas. La clase natural, que es aquella en que las cosas de dicha clase comparten una naturaleza que determina lo que son (típicamente esta naturaleza se refiere a una cierta composición estructural). La clase nominal, que es aquella que agrupa a los miembros de la clase, es un nombre usado para hacer referencia a la clase, convencionalmente constituida. Finalmente, la clase funcional, que es aquella en que sus instancias comparten una naturaleza común, pero a diferencia de la clase natural, no se encuentra determinada por una cierta propiedad estructural, sino por el desempeño de una función.” – Moore, Michael, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law* (Oxford: Clarendon Press, 1997), pp. 19 – 25. Citado en Mañalich, *La Pena Como Retribución*, pp. 118 – 120.

<sup>162</sup> Así, por ejemplo, podría existir una teoría puramente prevencionista la cual no tenga interés en expresar reprobación por el hecho cometido, sino solo se interese por evitar que el sujeto o la comunidad vuelva a cometer dicha conducta, sin emitir juicio de valor.

<sup>163</sup> Hörnle, Tatjana. “Teorías de la Pena.” *Colección de Estudio*, N° 43, trad. Nuria Pastor (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), p. 17.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>165</sup> Últimamente han surgido las teorías integradoras y mixtas de la pena, que son aquellas que estiman que ninguna corriente puede determinar justamente, y por sí sola, los contenidos y los límites de la pena, debiendo combinarse para cumplir estos objetivos. – Roxin, Claus, *Derecho Penal: Parte General*, trad. Diego Manuel Luzón, Miguel Díaz y García, y Javier de Vicente, tomo I (Madrid: Civitas, 1997), pp. 99 – 103.

<sup>166</sup> Peñaranda, Enrique. “La Pena: Nociones Generales.” *Introducción al Derecho Penal*, coord. Juan Antonio Lascaraín (Madrid: Civitas, 2015), p. 261.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 266.

quien planteaba que “ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque...”<sup>168</sup>.

Se distinguen dos clases de prevención: la prevención especial y la prevención general.

*i. Teorías de la Prevención Especial.*

Pretenden hacer desistir al sujeto de futuros delitos, estando el fin de la pena dirigido al autor individual, y la creencia que se puede influir en su comportamiento legal<sup>169</sup>. Pueden actuar de tres maneras: (1) Asegurando a la comunidad de los delincuentes, mediante su encierro; (2) intimidando al autor por medio del efecto persuasivo de la pena, para que así no cometa futuros delitos, o; (3) corrigiendo o resocializando al delincuente, preservándole de la reincidencia<sup>170</sup>.

Bentham consideraba que la prevención especial debía complementar al fin principal de la prevención general negativa, previniendo la repetición del delito de tres formas: (1) Privando al individuo de la capacidad física de delinquir (incapacidad física); (2) privando al individuo del deseo de delinquir (reforma moral), o; (3) inculcando miedo al individuo de delinquir (intimidación o terror de la ley)<sup>171</sup>.

Por su parte, Franz von Liszt, miembro de la escuela sociológica del Derecho penal, consideraba erróneo determinar la magnitud de la pena atendiendo al tipo de delito cometido, y no al tipo de delincuente que lo cometió. Proponía cambiar la pregunta sobre “¿qué pena merecen el hurto, la violación, el asesinato, el falso testimonio? [a] ¿qué pena merecen este ladrón, este asesino, este testigo falso, este autor de abusos deshonestos?”<sup>172</sup>. Para él la pena correcta, esto es, justa, era la pena necesaria acorde al tipo de autor (sea la corrección, la intimidación o la neutralización o inocuización)<sup>173</sup>.

La principal crítica que se le hace a esta corriente es relativa a la falta de proporcionalidad existente entre la magnitud de la pena y la gravedad del hecho cometido, pudiendo eventualmente

---

<sup>168</sup> “El que castiga con razón, castiga, no por las faltas pasadas, porque ya no es posible que lo que ha sucedido deje de suceder, sino por las faltas que puedan sobrevenir, para que el culpable no reincida y sirva de ejemplo a los demás su castigo.” – Platón, *Diálogos, Fedro o de la Belleza* (Buenos Aires: Argonauta, 1946), p.112. Citado en: Ortiz, Luis y Arévalo, Javier, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014), p. 25.

<sup>169</sup> Hornle *Teorías de la Pena*, p. 26.

<sup>170</sup> Roxin, *Derecho Penal*, pp. 85 – 86.

<sup>171</sup> Bentham, Jeremy, *The Rationale of Punishment*. (Londres: Heward, 1830), p.20.

<sup>172</sup> “No es el concepto el que es castigado, sino el autor”. – Von Liszt, Franz, *La Idea de Fin en el Derecho Penal*. (Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 1994), p. 129. Citado en Peñaranda, *La Pena*, p. 281.

<sup>173</sup> Peñaranda, *La Pena*, pp. 281 – 282.

quedar impune un hecho de máxima gravedad, o con una pena muy leve cuando el autor tenga nula o escasa tendencia a reiterarlo. Por otro lado, frente a hechos de menor importancia pero que el autor estuviese dispuesto a repetir, habría de seguir un aseguramiento indefinido hasta que cese la inclinación a cometerlos<sup>174</sup>.

Coetáneos a von Liszt, los autores de la Escuela positiva italiana (Lombroso, Garofalo y Ferri) estimaban factible sustituir totalmente a la pena por medidas de aseguramiento o corrección susceptibles de ser impuestas al individuo una vez fuese comprobada su peligrosidad, sin necesidad de que este hubiese efectivamente delinquido<sup>175</sup>, reemplazando el rol orientador de la culpabilidad por el concepto de la peligrosidad<sup>176</sup>. Sus versiones más radicales no suponían una teoría de la pena, proponían en cambio una alternativa a la pena como institución del Derecho penal. Sin embargo, en los últimos tiempos se ha tendido a rechazar estas visiones deterministas del ser humano considerándose que no es posible hablar de delincuentes incorregibles<sup>177</sup>.

En lo relativo a la finalidad de resocialización, corrección o educación del individuo, Tatjana Hörnle cuestiona la efectividad de la pena privativa de libertad como mecanismo pedagógico. Comparando a personas que, encontrándose en situaciones de partida semejantes, han sido incorporadas al sistema de justicia penal y aquellas que no, establece que “[l]os datos que hay al respecto son negativos: el hecho de haber sido condenado por un tribunal penal no parece tener efectos positivos medibles sobre la probabilidad de reincidencia”<sup>178</sup>. Es más, se podría argumentar que aquellos individuos que se contaminan con el ambiente penitenciario podrían desarrollar incluso una mayor disposición a delinquir en el futuro<sup>179</sup>.

Por su parte, H. L. A. Hart consideraba erróneo tener como objetivo prioritario del sistema punitivo a la rehabilitación, ya que, “[t]omar a la rehabilitación como el objetivo primordial equivaldría a renunciar a la esperanza de influir en [aquellos que todavía no han infringido, pero

---

<sup>174</sup> *Ibidem*, pp. 283 – 284.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 280.

<sup>176</sup> Ortiz y Arévalo, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, p. 40.

<sup>177</sup> Feijoo Sánchez, Bernardo, *Retribución y Prevención General: Un Estudio Sobre la Teoría de la Pena y las Funciones del Derecho Penal*. (Buenos Aires: Euros Editores, 2007), p. 206.

<sup>178</sup> Hörnle, *Teorías de la Pena*, p. 27.

<sup>179</sup> Debido al “contacto criminógeno o efecto de contagio, efecto estigmatizante o maculativo de la pena, pérdida de posibilidades de promoción profesional, privación de relaciones sociales, aislamiento social, se pasa a formar parte de una subcultura, etc.” – Feijoo Sánchez, *Retribución y Prevención General*, p. 213.

pueden hacerlo] que –respecto de las transgresiones más graves– [son] numéricamente mucho más importante” que aquellos que efectivamente han delinquido<sup>180</sup>.

ii. *Las Teorías de la Prevención General:*

Son aquellas que estiman que no es suficiente que la pena actúe solo sobre él individuo. Buscan influenciar a la comunidad toda, con el objetivo de prevenir la comisión de futuros delitos, sea a través de la intimidación, o a través del restablecimiento de la confianza en el Derecho.

1) Prevención General Negativa (o intimidatoria).

Asignan a la pena “la función de disuadir a la generalidad de la comisión de delitos por temor a recibir el castigo; un temor que puede venir motivado por la amenaza de la pena o por su imposición y ejecución sobre quienes los cometan”<sup>181</sup>. Hörnle prefiere la expresión “prevención general de anuncio”<sup>182</sup>. Una norma que intimide o amenace a los ciudadanos debe ser lo suficientemente comprensible para que los individuos entiendan la exigencia de la conducta prescrita, y así, en base a este conocimiento, elijan su accionar. Si se considera legítima una prevención general de intimidación, la imposición de la pena es básicamente una consecuencia necesaria, ya que no se podría dirigir el comportamiento de las personas si estas no creen que la ley efectivamente se aplica<sup>183</sup>.

Para Jeremy Bentham:

El castigo sufrido por el delincuente presenta un ejemplo a todos los demás de lo que ellos mismos habrán de sufrir si se hacen culpables del mismo delito. La prevención general debería ser el fin principal del castigo, en tanto que es su verdadera justificación. Si consideramos la comisión de un delito como un hecho aislado que nunca habría de volver a ocurrir, la pena sería inútil. Únicamente vendría a añadir un mal a otro mal. Pero cuando consideramos que un crimen que queda sin castigo deja abierta la senda del crimen no sólo al mismo delincuente, sino también a todos aquellos que puedan tener los mismos motivos y oportunidades para incurrir en él, percibimos que la pena infligida a un individuo se convierte en fuente de seguridad para todos. Esa pena, que en sí misma considerada se presentaba ante cualquier sentimiento generoso como baja y repugnante, se eleva al primer rango de los beneficios cuando es mirada no como un acto de ira o venganza en contra de

---

<sup>180</sup> Betegón, Jerónimo, *Derecho y Moral: Ensayos Analíticos*. (Barcelona: Editorial Ariel, 1990), p. 179.

<sup>181</sup> Peñaranda, *La Pena*, p. 266.

<sup>182</sup> Hörnle, *Teorías de la Pena*, pp. 19 – 20.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 29.

un individuo culpable o desafortunado que se ha abandonado a sus malas inclinaciones sino como un sacrificio indispensable para la seguridad común<sup>184</sup>.

En la misma época, el alemán Anselm von Feuerbach formula la teoría de la coacción psicológica, la cual parte de la siguiente premisa:

Todas las infracciones tienen su origen psicológico en la inclinación de los sentidos, en cuanto que la concupiscencia del hombre es la que le impulsa a cometer la acción, por el placer que encuentra en ella o de ella deriva. Este impulso sensual puede ser suprimido si todos saben que a su hecho habrá de seguir ineludiblemente un mal mayor que el desagrado que surge de la insatisfacción de su impulso [...]. Para que se funde la convicción general en la necesaria vinculación entre esos males y las lesiones correspondientes, es preciso: I. Que una ley establezca tales males como necesaria consecuencia del hecho (conminación legal) [...]. II. Que se dé también esa relación causal en la realidad, para lo cual, tan pronto como la contravención haya tenido lugar, deberá ser infligido el mal que la Ley a ella conecta (ejecución) [...].

El mal que el Estado conmina mediante una Ley –y que, en virtud de ésta, ha de infligir– es la pena estatal (*poena forensis*). El fundamento general de su necesidad y de su existencia (tanto en la ley, como en cuanto a su ejercicio) es la necesidad del mantenimiento de la libertad recíproca de todos a través de la supresión del impulso sensual de cometer lesiones de derechos [...]. I. El fin de la conminación de la pena en la Ley es la intimidación de todos, como posibles causantes de la lesión de derechos. II. El fin de la inflicción de la misma es fundamentar la eficacia de la conminación legal, en la medida en que sin aquélla esta conminación sería vacua (ineficaz). Puesto que la Ley debe intimidar a todos los ciudadanos y la ejecución debe dar eficacia a la Ley, el fin mediato de la inflicción de la pena (su fin último) es también la mera intimidación de los ciudadanos en virtud de la Ley [...]<sup>185</sup>.

La finalidad del Estado es procurar la recíproca libertad de todos los ciudadanos. Cada ofensa significa una contradicción a la naturaleza y finalidad de la asociación de ciudadanos, de manera que el Estado debe procurar evitar que estas se cometan, pero como no puede encadenar a los ciudadanos físicamente para evitar aquellas malas inclinaciones, se debe valer de cadenas psicológicas (amenazas, amparada por la efectiva ejecución de la pena) eficaces para asegurar los derechos de las personas<sup>186</sup>. Feuerbach no vincula la función intimidatoria a la imposición de la pena, sino, a la amenaza de una pena previa a la comisión del delito. La pena, en sí misma, no es

---

<sup>184</sup> Bentham, *The Rationale of Punishment*, pp. 20 – 21. Traducido en Peñaranda, *La Pena*, pp. 268 – 269.

<sup>185</sup> Feuerbach, Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. (Giessen: Heyer, 1847), §§ 13 – 18. Traducido en Peñaranda, *La Pena*, p. 267.

<sup>186</sup> Jakobs, Günther, *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, trad. Manuel Cancio y Bernardo Feijoo Sánchez. (Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2004), pp. 24 – 25.

más que una consecuencia del delito jurídicamente necesaria, siguiendo una idea más bien retribucionista<sup>187</sup>.

Se critica la teoría de Fauerbach porque, en primer lugar, parte de una premisa equívoca. Las personas solo pueden ser legítimamente amenazadas con aquellas consecuencias que el Derecho está dispuesto a tolerar. Si mi derecho se ve lesionado, tengo derecho a hacer lo necesario dentro de ciertos límites para defenderme, pero esta amenaza no es absoluta<sup>188</sup>. Además, la efectividad de este llamado efecto intimidatorio oscila dependiendo de la clase de delito que se trate, siendo difícil que se aplique para los llamados “crímenes pasionales”, esto es, aquellos cometidos con una fuerte carga emocional<sup>189</sup>. Por último, parte del supuesto que el humano actúa de manera completamente racional, debiendo estar siempre en condiciones de evaluar los costos y beneficios que le produce delinquir, cosa que no necesariamente ocurre en la práctica<sup>190</sup>.

Por otra parte, Günther Jakobs cuestiona que la “asociación civil” pueda perseguir simultáneamente la libertad e impedir al mismo tiempo todo abuso de libertad. El impedimento de todo abuso de libertad presupondría una vigilancia de dimensión totalitaria (esto es, opuesta a la libertad), por lo que, aquel Estado que se pretenda Estado de libertades en ningún caso podría garantizar una seguridad absoluta. Si dice proteger la vigencia del Derecho (que actúa como un esquema de orientación), se presupone que el delincuente pulsa un “reloj de ajedrez” siempre que comete un ilícito, colocando al Estado en una necesidad de jugar. Sin embargo, la violencia penal es un recurso escaso, siendo imposible reaccionar frente a toda criminalidad, por esto, el Estado no podrá cumplir siempre su obligación de “jugar”, razón por la cual podría finalmente cumplir una finalidad contradictoria<sup>191</sup>.

Destaca también la dificultad para probar empíricamente los efectos preventivos de una determinada ley penal (problema que se acentúa al no considerarse los otros factores no jurídicos que influyen en la comisión de un hecho delictivo). Asimismo, se critica que estas teorías pasan

---

<sup>187</sup> Feijoo Sánchez, *Retribución y Prevención General*, p. 136.

<sup>188</sup> “Yo puedo exigir que nadie entre en mi morada y a pesar de ello alguien entra, puedo expulsarlo, dentro de los límites de la legítima defensa, pero sólo dentro de dichos límites, es decir ponerlo en la calle con violencia e incluso en caso extremo de necesidad dispararle y arrojarlo fuera; sin embargo, no es posible descuartizarlo en vida o someterlo al suplicio de la rueda.” – Jakobs, *La Pena Estatal*, p. 28.

<sup>189</sup> Hörnle, *Teorías de la Pena*, pp. 29 – 30.

<sup>190</sup> Ortiz y Arévalo, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, p. 28.

<sup>191</sup> Jakobs, *La Pena Estatal*, pp. 37 – 39.

por encima del principio de dignidad de la persona al estar basadas en la atemorización permanente de los ciudadanos<sup>192</sup>.

## 2) Prevención General Positiva.

A grandes rasgos se podrían definir como aquellas teorías encaminadas a restablecer la confianza de la sociedad en el Derecho. Apuntan a aquellos individuos que suelen ser fieles a la norma, a aquellos que tienden a reconocer el orden normativo como vinculante, disposición que es socavada cuando los quebrantamientos de la ley quedan sin respuesta<sup>193</sup>.

Feijoo Sánchez distingue cuatro grupos:

### a) Las teorías socio-psicológicas de la prevención general positiva:

Apuntan a la idea planteada por Nietzsche de que la pena “tiene como finalidad mejorar a quien [la] aplica”<sup>194</sup>.

### b) Las teorías empírico-sociológicas de la prevención general positiva:

Aquellas que se enfocan en mantener o reforzar la confianza en las normas, influyendo con ello en otros procesos de control que tienden a preservar la integración y cohesión social<sup>195</sup>.

### c) Las teorías sistémicas y normativistas de la prevención general positiva:

Aquellas que conciben que el Derecho se estructura como un sistema de comunicaciones encaminado a proteger y estabilizar las expectativas normativas. Expectativas que se encuentran protegidas por la sanción, viniendo a ratificar la idea central de las teorías preventivo-generales positivas sobre a la unión existente entre la sanción y la estabilidad normativa<sup>196</sup>.

---

<sup>192</sup> Feijoo Sánchez, *Retribución y Prevención General*, p. 143.

<sup>193</sup> Hörnle, *Teorías de la Pena*, p. 30; Además, “La función de la pena es asegurar la confianza general en las normas como pauta de orientación social y, en esa medida, se dirigen muy principalmente a todo aquel que confíe en su efectiva vigencia, ofreciéndole motivos para persistir en tal confianza. La existencia y, llegado el caso, la aplicación de la pena como reacción contra el comportamiento infractor previene la generalización del mal ejemplo que para la sociedad supone la comisión del delito...” – Peñaranda, *La Pena*, p. 273.

<sup>194</sup> Nietzsche, Friedrich. “La Gaya Ciencia. Libro Tercero, aforismo N° 219” *Textos.info*. Consultado el 5 de agosto de 2018. <https://www.textos.info/friedrich-nietzsche/la-gaya-ciencia/ebook#4-112>.; Las teorías socio-psicológicas a las que Feijoo se refiere predicán que “la pena mejora la situación anímica de los sujetos que forman parte de la sociedad que castiga.” – Feijoo Sánchez, *Retribución y Prevención General*, pp. 265 – 266.

<sup>195</sup> Actúan en conjunto con otros sistemas de control informales como la religión, la ética y la familia. – Peñaranda, *La Pena*, p. 273.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 455.

“[T]odo orden social se basaría en la existencia de ciertas expectativas de comportamiento más o menos estables, que permitan saber en una determinada situación lo que se puede esperar de los otros participantes en el sistema social y lo que esperan estos de nosotros”<sup>197</sup>. Teniendo el Derecho el deber de establecer ciertas pautas de orientación para reglar la convivencia entre los miembros de la sociedad. Si se defraudan estas expectativas, la normativa reacciona con una sanción imputándole el suceso perturbador al responsable, manteniéndose las expectativas “contrafacticamente”, esto es, con independencia de que se cumplan o no en la realidad<sup>198</sup>. La pena es un “instrumento para resolver las defraudaciones de expectativas imprescindibles que no pueden ser estabilizadas de otra manera”<sup>199</sup>, “vuelve a dejar las cosas como estaban, no para la víctima, sino para la validez del derecho”<sup>200</sup>. La sanción rectifica que la regla era válida y correcta, tanto antes como después de la infracción.

Su expositor más importante es Jakobs, cuyo pensamiento, a pesar de evolucionar a través de los años<sup>201</sup>, es principalmente conocido por su formulación original de la teoría de la pena: “La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma”<sup>202</sup>. “La pena hay que definirla positivamente: Es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada”<sup>203</sup>. Esto es, la “contradicción a la norma por medio de una conducta es la infracción de la norma. Una infracción normativa es, por lo tanto, una desautorización de la norma. Esta desautorización da lugar a un conflicto social en la medida en que se pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación”<sup>204</sup>. En la medida que las consecuencias de la imposición de la norma constituyan un alto costo para el infractor, aumenta la posibilidad que este aprenda a comportarse de manera correcta frente a la sociedad. Jakobs tampoco se cierra ante la posibilidad que la pena pueda producir cierta impresión intimidatoria en el infractor, como en terceros, sin

---

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 456.

<sup>198</sup> *Ibidem*, pp. 457 – 460.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 462.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 463.

<sup>201</sup> Feijoo distingue tres etapas en el pensamiento de Jakobs que se pueden consultar en *Ibidem*, pp. 467 – 502.

<sup>202</sup> Günther, Jakobs, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación*, trad. Joaquín Cuello y José Luis Serrano. (Madrid: Marcial Pons, 1995), p. 8.

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 13.

embargo, estas consecuencias (aunque deseables) serán siempre eventuales y secundarias, ya que no es función de la pena provocar dichos efectos<sup>205</sup>. Se critica que los postulados de Jakobs solo tendrían vigencia respecto de aquellas penas que efectivamente se cumplen<sup>206</sup>.

d) Teoría comunicativa de la prevención general positiva:

Contempla como fin primordial de la pena el mantener o restablecer la confianza en la vigencia de las normas penales, como normas básicas para la convivencia social, estando la pena orientada a todos los ciudadanos en su conjunto<sup>207</sup>. Para Feijoo, la pena es conceptualmente retribución, pero su fin es mantener los presupuestos necesarios para la confianza normativa<sup>208</sup>. No se trata de fomentar la confianza como fenómeno psicológico-social, ya que no se preocupa de la confianza del ciudadano en particular, sino en “sentar las bases institucionales de cara al futuro en una confianza racional en las normas como modelos de orientación de conducta”<sup>209</sup>.

La pena es socialmente necesaria porque mediante su imposición al culpable (al que pone en entredicho las reglas esenciales de convivencia o de pervivencia de una sociedad) devuelve el estado de cosas anterior al delito restableciendo ante los ciudadanos la vigencia de la norma infringida<sup>210</sup>.

La pena ya no es entendida como una réplica empírica (mal por mal), sino principalmente como una réplica normativa (estabilización de la norma desestabilizada)<sup>211</sup>. Pero se aparta del postulado de Hegel ya que no se enfoca en el pasado (tratando de recuperar la vigencia perdida del Derecho), sino mira al futuro, previniendo la progresiva erosión de la norma en virtud de la acumulación de daños comunicativos producidos por los delitos<sup>212</sup>.

¿Por qué la “respuesta” que da el Derecho al delito ha de consistir en un mal sensible, esto es, en un dolor o sufrimiento?<sup>213</sup>. Jakobs reconoce que el dolor constituye una dimensión imprescindible de la pena para que pueda cumplir su función reparadora del “daño intelectual” que

---

<sup>205</sup> Ortiz y Arévalo, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, pp. 34 – 35, en relación a Jakobs, *Derecho Penal*, p. 18.

<sup>206</sup> Ortiz y Arévalo, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, p. 36.

<sup>207</sup> Feijoo Sánchez, *Retribución y Prevención General*, p. 527.

<sup>208</sup> *Ibidem*.

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 530.

<sup>210</sup> *Ibidem*, pp. 536 – 537.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 539.

<sup>212</sup> Feijoo Sánchez, *Retribución y Prevención General*, p. 540.

<sup>213</sup> Peñaranda, *La Pena*, p. 277.

el delito puede causar en la vigencia real del Derecho<sup>214</sup>, pero ¿por qué?, Feijoo responde esta interrogante acudiendo a la retribución:

La retribución representa el elemento diferenciador de la pena con otras consecuencias o sanciones penales o consecuencias de tipo punitivo. La justificación de un mal por su conexión con un reproche o desvalor por un hecho que ha sucedido sólo ocurre con la pena. Evidentemente, una sociedad puede tener otras instituciones para organizar una sociedad [...], pero sólo la pena presenta esa relación o conexión recíproca entre mal causado y mal sufrido de la que ninguna construcción teórica puede prescindir<sup>215</sup>.

Por este motivo la pena es conceptualmente retribución, a pesar de que su fin es mantener los presupuestos necesarios para la confianza normativa<sup>216</sup>.

b. Teorías Absolutas, de la Retribución o Expresivas.

Definir a estas teorías de manera general no es cosa sencilla, pero se entiende que son aquellas que miran exclusivamente hacia el pasado, al hecho ya cometido. Otros consideran que lo que unifica a las teorías de la retribución es el entendimiento que la pena se justifica por sí misma<sup>217</sup>. Roxin las define como aquellas a través de las cuales “mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido”<sup>218</sup>. Se les ha calificado como teorías “absolutas” porque se ha entendido que el fin de la pena se encuentra desvinculado de su efecto social<sup>219</sup>. Hörnle discrepa con esta valoración, criticando la denominación “absolutas” por la falta de precisión que conlleva un término que se suele utilizar para todas aquellas fundamentaciones que no se encuentran orientadas a la prevención, prefiriendo el rótulo “teorías expresivas de la pena”<sup>220</sup> para clasificarlas.

Enrique Peñaranda explica que, en principio, la pena se justifica:

---

<sup>214</sup> Jakobs, *La Pena Estatal*, p. 41.

<sup>215</sup> Feijoo Sánchez, *Retribución y Prevención General*, p. 50.

<sup>216</sup> Por lo tanto, sería más correcto entender esta perspectiva como una teoría mixta.

<sup>217</sup> “El que ha cometido un delito debe ser sancionado con un mal equivalente al mal cometido.” – Ortiz y Arévalo, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, p. 19.

<sup>218</sup> Roxin, *Derecho Penal*, p. 81.

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 82; Considerando que “la justificación de la pena es ajena a sus consecuencias” – Feijoo Sánchez, *Retribución y Prevención General*, p. 63.

<sup>220</sup> Hörnle, *Teorías de la Pena*, p. 15. Aquellas en que “la imposición de la pena criminal sirve a un fin que se funda en intereses legítimos de las personas” siendo lo relevante “los intereses referidos al tratamiento adecuado del comportamiento pasado”, “subrayan la función comunicativa de las sentencias penales.” – *Ibidem*, p. 33.

[P]or la propia exigencia categórica, absoluta de justicia de que quien ha cometido el delito reciba lo que se merece. Se trata de una fundamentación principialista o deontológica de la pena, en la que ésta se proyecta únicamente sobre el pasado, sobre el hecho ya cometido, retribuyendo o devolviendo a su autor el mal que ha causado<sup>221</sup>.

Históricamente, algunos han entendido a la teoría de la retribución como una retribución divina, equiparando al delito con el pecado, cumpliendo la pena la función de expiación por el delito (o pecado) cometido<sup>222</sup>. La expiación sería fundamentalmente la reconciliación del delincuente consigo mismo, con el ordenamiento jurídico quebrantado y con la comunidad, reconciliación que le permitiría recobrar su dignidad<sup>223</sup>.

Por su parte, en *La Metafísica de las Costumbres*, Kant explica:

[L]a pena judicial (*poena forensis*) [...], no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre no puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real [...]. Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado digno de castigo. La ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica ‘es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo’! Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra [...]. Pero ¿cuál es el tipo y el grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón? Ninguno más que el principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia otro. Por tanto, cualquier daño inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo te lo haces a ti mismo. Si le injurias, te injurias a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo. Sólo la ley del talión (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y la cantidad del castigo...<sup>224</sup>.

La justificación absoluta de la pena estatal recibió, gracias a Kant, una fundamentación ética vinculada a la idea de entender al hombre como “un fin en sí mismo”. Por esto, para Kant “solo es admisible fundamentar la pena en el merecimiento (demérito) del delincuente por el hecho cometido (*‘quia peccatum est’*, por tanto): estaríamos aquí ante una exigencia incondicionada de la justicia, esto es ante un Imperativo Categórico”<sup>225</sup>.

---

<sup>221</sup> Peñaranda, *La Pena*, p. 262.

<sup>222</sup> Papa Pio XII, *Alocución al VI Congreso Internacional de Derecho Penal*. (Roma, 3 de octubre de 1953). Citado en Ortiz y Arévalo, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, p. 19.

<sup>223</sup> *Ibidem*.

<sup>224</sup> Kant, *La Metafísica de las Costumbres*, pp. 166 – 167.

<sup>225</sup> Peñaranda, *La Pena*, p. 262.

Para Hegel, en cambio, la pena se justifica como el medio a través del cual se ha de restablecer la vigencia del Derecho, en cuanto la “voluntad general” es puesta en cuestión por la “voluntad especial” del delincuente al cometer un delito<sup>226</sup>. Así:

La intacta vigencia del ordenamiento jurídico constituye la posición inicial o ‘tesis’, la negación de la misma por el delito es su ‘antítesis’ y, mediante la negación de esa negación, que tiene lugar con la imposición de la pena a quien culpablemente cometió ese hecho delictivo, se alcanza como ‘síntesis’ el restablecimiento de la vigencia efectiva del Derecho<sup>227</sup>.

Hegel se aparta de Kant en lo relativo a la ley del talión, entendiendo que el castigo (esto es, la negación del delito) debe tener una extensión a la que se puede llegar mediante una labor de intelecto, en la búsqueda de valoraciones racionalmente apropiadas<sup>228</sup>. Lo decisivo es el contenido simbólico o comunicativo, en virtud del cual debe existir una equivalencia valorativa entre delito y pena acorde a los intereses sociales<sup>229</sup>.

Roxin reconoce el mérito de estas teorías para lograr una gran impresión psicológica-social, y por proporcionar un baremo para la magnitud de la pena, marcando un límite al poder punitivo. La pena debe corresponder con la magnitud de la culpabilidad, y aunque no es posible determinar de forma matemáticamente exacta cual debería ser esta, siguiendo las reglas legales de la determinación de la pena es posible aproximarse a un resultado razonable<sup>230</sup>. La exigencia de proporcionalidad con la gravedad del delito y la culpabilidad de quien lo comete es así un límite y garantía fundamental para el ciudadano, no pudiendo en caso alguno superarse esta medida, aunque consideraciones preventivas o utilitarias lo aconsejen, ya que esto supondría utilizar al individuo como un medio o instrumento<sup>231</sup>.

*i. Función expresiva de la pena retributiva.*

Para Joel Feinberg, la noción de pena necesariamente incorpora una dimensión expresiva, siendo lo distintivo de las sanciones punitivas está determinada propiedad funcional<sup>232</sup>. Así, la

---

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 264.

<sup>227</sup> *Ibidem*.

<sup>228</sup> Ortiz y Arévalo, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, p. 20.

<sup>229</sup> Hegel, Georg W. F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, trad. Juan Luis Vermal (Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 2012), § 101. Citado en Feijoo, Sánchez, *Retribución y Prevención General*, p. 105.

<sup>230</sup> Roxin, *Derecho Penal*, p. 84.

<sup>231</sup> Peñaranda, *La Pena*, p. 265.

<sup>232</sup> Mañalich, *La Pena como Retribución*, p. 164

pena es “un dispositivo convencional para la expresión de actitudes de resentimiento e indignación, así como de juicios de desaprobación y reprobación, ya sea a nombre de la propia autoridad sancionadora o a nombre de aquellos en cuyo nombre la pena es impuesta”<sup>233</sup>, siendo la irrogación de un mal un símbolo inequívoco de reprobación. Mañalich explica:

[E]l reproche de culpabilidad puede ser visto como un reproche por una falla personal que muestra una falta de sentido de la justicia, de modo tal que ese reproche se expresa en la irrogación del mal en que se materializa la imposición de la pena. La pena, de este modo, resulta justificada como pena retributiva, pero su justificación no es absoluta, en el sentido de las teorías retribucionistas tradicionales, sino relativa, en el sentido en que la pena expresa el reproche por un abuso unilateral de la confianza cuya reciprocidad es indispensable para la estabilidad de las normas de comportamiento cuyo seguimiento posibilita la coexistencia de iguales espacios de libertad. Que la imposición de la pena pueda reforzar las inhibiciones morales de ciudadanos que muestran fidelidad al derecho, sólo puede derivarse de su rol de expresión de juicios reprobatorios acerca de determinadas conductas<sup>234</sup>.

La expresión de reproche concebida por Feinberg no es un medio para obtener una consecuencia ulterior (como sería la prevención de futuros delitos), sino que se justifica por el simple hecho que el reproche es merecido<sup>235</sup>. Es más, Strawson sostiene que una expresión de reproche formulada para obtener ciertas consecuencias por definición dejaría de ser un reproche (aun cuando se presente como tal) y se trataría realmente de una ficción de reproche, lo que se explica debido al predominio de una actitud objetivizante hacia el destinatario de la pena impuesta<sup>236</sup>.

Al analizar la pena retributiva como expresión de reproche, Mañalich se refiere a la formulación hecha por J.L. Austin (1975) de la teoría de los actos de habla. En su versión más tradicional esta distingue tres niveles en que puede analizarse a un hablante al hablar. En primer lugar, Austin se refiere al “acto locucionario” que entiende como “el acto de emitir o proferir una oración con una cierta referencia y un cierto sentido, o sea, con cierto significado”<sup>237</sup>. Por “acto

---

<sup>233</sup> “[P]unishment is a conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgments of disapproval and reprobation, on the part either of the punishing authority himself or of those ‘in whose name’ the punishment is inflicted.” – Feinberg, Joel. “The Expressive Function of Punishment.” En *Doing and Deserving*. (Princeton: Princeton University Press, 1970), p. 98. Traducido en Mañalich, *La Pena como Retribución*, p. 136.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>235</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>236</sup> Strawson, Peter, *Libertad y Consentimiento*. (Barcelona: Piados, 1995), p. 47. Citado en Mañalich, *La Pena como Retribución*, p. 156.

<sup>237</sup> Austin, John L., *How to Do Things with Words*. (Cambridge: Harvard University Press, 1975), pp. 94 – 120. Citado en Mañalich, *La Pena como Retribución*, p. 157.

ilocucionario” entiende al “acto que se realiza en la ejecución del acto locucionario bajo ciertas condiciones que, convencionalmente, determinan una cierta fuerza (ilocucionaria)”<sup>238</sup>. Finalmente, por “acto perlocucionario” entiende “el acto por el cual el hablante persigue ciertas consecuencias o efectos a través de su acto de habla”<sup>239</sup>. Habermas precisa que, en definitiva, se distingue entre “decir algo; hacer algo diciendo algo; [o] causar algo mediante lo que se hace diciendo algo”<sup>240</sup>.

En el marco de esta teoría, la formulación de un reproche podría ser entendida como un acto ilocucionario. Austin analiza que el hecho de que la fuerza ilocucionaria de la formulación de un reproche esté asociada a la expresión de determinadas emociones, como reacción frente al comportamiento de otros, permite desarrollar cuestiones tales como la de la sinceridad del hablante<sup>241</sup>. Entendiendo a la sinceridad en este marco de análisis como “una condición que ha de ser satisfecha para que la realización del acto sea ‘feliz’, esto es, para que el acto sea apropiadamente realizado”<sup>242</sup>, sostiene que la falta de sinceridad constituye un caso de “infelicidad” que conlleva a lo que podríamos entender como un abuso. Aun cuando no obsta a la realización del acto, implica que el acto será desafortunado<sup>243</sup>. Habermas reformula lo anterior, entendiendo que el reconocimiento de esta pretensión de sinceridad por parte del receptor u oyente es indispensable para el éxito ilocucionario, se podría comprender como la obtención de un acuerdo entre hablante y oyente, esto es, como un “entendimiento”<sup>244</sup>. El oyente debe reconocer la pretensión entablada por el hablante para poder tomar una posición crítica de aceptación o rechazo a la pretensión. Así. Habermas clasifica los casos puros (idealizados) de actos de habla en: actos constatativos (pretensión de verdad), actos regulativos (pretensión de rectitud, esto es, corrección o adecuación), y actos expresivos (pretensión de sinceridad). El éxito ilocucionario del reproche no se encuentra condicionado solamente por una pretensión de sinceridad, sino además por una pretensión de verdad y una pretensión de corrección. Reprochar a otro presupone que el acto reprochado se encuentra bajo normas que indican que este es incorrecto o censurable<sup>245</sup>, y es

---

<sup>238</sup> *Ibidem*.

<sup>239</sup> *Ibidem*.

<sup>240</sup> Habermas, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa*. (Madrid, Taurus, 1999), p. 371. Citado en Mañalich, *La Pena como Retribución*, p. 157.

<sup>241</sup> Austin, *How to Do Things with Words*, pp. 78 – 79. Citado en Mañalich, *La Pena como Retribución*, pp. 158 – 159.

<sup>242</sup> Mañalich, *La Pena como Retribución*, p. 159.

<sup>243</sup> *Ibidem*.

<sup>244</sup> Habermas, *Teoría de la Acción Comunicativa*, pp. 379 – 396. Citado en Mañalich, *La Pena como Retribución*, p. 159.

<sup>245</sup> Mañalich, *La Pena como Retribución*, p. 160.

precisamente esta dependencia del reproche a un determinado horizonte normativo lo que valida el reproche penal. Bajo esta justificación, la imposición de la pena debe entenderse como un acto de expresión de reproche merecido, entendiendo de esta forma al reproche penal como un acto ilocucionario institucionalmente ligado<sup>246</sup>.

Volviendo a lo planteado por Feinberg, este considera que la irrogación de un mal es efectivamente la manera a través de la cual se expresa el reproche, siendo precisamente este aspecto expresivo lo que posibilita concebir a la pena como tal<sup>247</sup>. Este reproche penal tiene lugar en un contexto social de contactos anónimos, en donde una mera declaración de reproche no es suficiente para materializar el reproche<sup>248</sup> (esto es, declarar que se reprocha puede no equivaler a efectuar un reproche). La punición puede ser vista a fin de cuentas como una institucionalización de la expresión de reproche merecido, entendiendo que esta ligazón entre la irrogación del mal y la expresión de reproche es de carácter convencional<sup>249</sup>.

En lo relativo a la medida de pena que resultaría adecuada a la medida de reproche merecido, Mañalich explica por qué la ley del talión no satisface. La irrogación del mal no puede constituir un hecho puramente bruto, esto es, el núcleo de la imposición de la pena no puede ser solamente una referencia al daño empírico causado, porque la irrogación del mal “sólo constituye la materialización del reproche merecido, por lo cual es de conformidad con la medida del reproche que ha de fijarse la pena cuya imposición y ejecución es retributivamente apropiada”<sup>250</sup>. Ya que el delito es “la contradicción de una norma de comportamiento de cuyo cumplimiento generalizado por parte de otros el autor se aprovecha injustamente, la medida del reproche ha de corresponder a la medida del quebrantamiento de la norma”<sup>251</sup>, el “fundamento del reproche se encuentra en la defraudación de la confianza recíproca que se reconocen los co-agentes morales respecto del

---

<sup>246</sup> *Ibidem*.

<sup>247</sup> “*The essence of punishment for moral delinquency lies in the criminal conviction itself. One may lose more money on the stock market than in a court-room; a prisoner of war camp may well provide a harsher environment than a state prison: death on the field of battle has the same physical characteristics as death by sentence of law. It is the expression of the community's hatred, fear, or contempt for the convict which alone characterizes physical hardship as punishment.*” – Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, p. 99. Citado en Mañalich, *La Pena como Retribución*, p. 162.

<sup>248</sup> Mañalich, *La Pena como Retribución*, p. 162.

<sup>249</sup> *Ibidem*.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>251</sup> *Ibidem*.

seguimiento de normas aceptables para todos, y no (directamente) en la lesión de un bien jurídico [...]. El reproche penal es un asunto público, y por eso el derecho penal es público”<sup>252</sup>.

*ii. Respetto de la pena como acción comunicativa.*

Mañalich estima que la punición retributiva constituye un caso de acción comunicativa, y que, en cambio, la punición preventiva<sup>253</sup> constituye un caso de acción estratégica (rompiendo así con el entendimiento que comúnmente ha existido que considera a la punición preventiva como acción comunicativa y la punición retributiva como cierto caso de acción vengativa). Esto, ya que la punición retributiva implica una actitud reactiva frente a un co-agente moral, el cual se reconoce como destinatario de un reproche, esto es, como partícipe en una comunicación. En cambio, la punición preventiva objetiviza al individuo como parte de una táctica social. Actitud que además es incompatible con el entendimiento de la pena como expresión de reproche, pues esta presupone sinceridad y no admite ser usada para la obtención de una consecuencia ulterior<sup>254</sup>.

Respetto a la función comunicativa de las sentencias penales, Hörnle distingue entre: los planteamientos expresivos (o retributivos) orientados a la norma, que son aquellos dirigidos a la generalidad en un sentido amplio y abstracto, viendo como tarea de la pena criminal el afianzar las valoraciones y exigencias de conductas consideradas morales<sup>255</sup> (y criticándose que esto no puede constituir una tarea razonable del Estado); y los planteamientos expresivos orientados a la persona, que son aquellos conforme a los cuales el mensaje de reprobación contenido en la sentencia penal se dirige a determinadas personas, pudiendo ser aquellas que han sabido de la comisión del delito, el autor, o la víctima. Aquellos referidos al autor implican una imposición de juicio ético-social para el fomento del conocimiento y mejora propia del autor (se critica, sin embargo, que una pena criminal no se puede justificar con la pretendida mejora del autor). Aquellos orientados a la víctima no serán analizados, ya que no se puede establecer las mismas consideraciones que se hacen respecto a la víctima persona humana a la víctima estudiada en esta memoria. Finalmente, sí interesa mencionar aquellos planteamientos expresivos orientados a la mitigación de sentimientos de indignación, esto es, aquellos orientados a las personas que, aun no viéndose directamente afectadas como víctimas del hecho, han tenido noticia de este y tienen sentimientos de indignación.

---

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 166.

<sup>253</sup> Refiriéndose a la teoría de la prevención de intimidación, sea general o especial.

<sup>254</sup> Mañalich, *La Pena como Retribución*, p. 170.

<sup>255</sup> Hörnle, *Teorías de la Pena*, p. 33.

Al respecto, se puede señalar que se pretende evitar las prácticas de autotutela que son perjudiciales para la sociedad. La aceptación de un ordenamiento jurídico requiere que se tome en serio los sentimientos de indignación, los que deben ser constatados como realidad psicológico-social<sup>256</sup>.

### **2.3. El problema del bien jurídico protegido.**

Jean Pierre Matus considera que el bien jurídico “constituye el punto de partida y la primera pregunta en la indagación acerca del ámbito de aplicación de una determinada figura ilícita”<sup>257</sup>. Su identificación para Javier Wilenmann es esencial desde el punto de vista de la justificación sustantiva y político-criminal de la legislación penal por dos razones. En primer lugar, “desde el punto de la aplicación de la normativa que se construye, una sistematización teleológica a la luz del objeto de protección permite alcanzar grados de flexibilidad dogmática muy superiores a los que alcanza una regulación ciegamente agrupada: ella le otorga apertura a la argumentación interpretativa teleológica”<sup>258</sup>. En segundo lugar, además de esta función adscriptiva y argumentativa auxiliar, la identificación del bien jurídico “permite una justificación suficiente de la tipificación penal general, esto es, no sólo de los criterios de punibilidad sino de la restricción de la libertad que constituye mediante la norma de comportamiento que subyace a las disposiciones penales”<sup>259</sup>.

Otros consideran que afirmar que el Derecho penal debe proteger bienes jurídicos es una tautología, en cuanto un bien jurídico es “justamente aquello que el Derecho penal proteja, y por lo mismo, [...] no sirven para ofrecer un criterio de lo legítimamente criminalizable.”<sup>260</sup>

Federico Szczeranski clasifica bipartitamente a las principales corrientes de la teoría del bien jurídico protegido: las corrientes formales o inmanentes y las corrientes materiales o trascendentales. Conceptualiza a las corrientes formales como aquellas “que definen el bien jurídico a partir de la misma norma penal, es decir, lo entienden como aquel interés (o bien) efectivamente protegido con la norma, relacionando directamente al concepto con la *ratio*

---

<sup>256</sup> *Ibidem*, pp. 34 – 38.

<sup>257</sup> Matus, Jean Pierre. “Sobre el Sentido y Alcance del Artículo 291 del Código Penal.” *Revista de Derecho* 26, N° 2 (2013), p. 142.

<sup>258</sup> Wilenmann, Javier. “La Administración de Justicia como un Bien Jurídico.” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 36 (2011), pp. 549 – 550.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 550.

<sup>260</sup> Szczeranski, Federico. “Sobre la Evolución del Bien Jurídico Penal: un Intento de Saltar más allá de la Propia Sombra”. *Política Criminal* 7, N° 14 (2012), p. 380.

*legis.*”<sup>261</sup> Y a las corrientes materiales como aquellas “que seleccionan, con independencia de lo dispuesto en la norma penal positiva, ciertos bienes cuyas características éticas, sociológicas, políticas o constitucionales, los hacen acreedores del estatus de bien jurídico, de forma tal que sólo ellos podrán ser legítimamente protegidos por la norma penal”<sup>262</sup>.

El concepto “bien jurídico” fue acuñado por Franz Birnbaum, quien sostenía que el objetivo de la ciencia penal debía ser la preservación de los beneficios de la asociación política, considerando al crimen como aquellas conductas realizadas para menoscabar o quitar dichos beneficios<sup>263</sup>. Entendía que la esencia del delito debía ser “la lesión de un bien y no de un derecho”<sup>264</sup>, bien que debía corresponder con aquellos cuyo disfrute el Estado se encuentra obligado a garantizar, y que se dan al hombre por naturaleza o desarrollo social. Su concepto de bien es previo al Derecho positivo e indisponible por el legislador, pudiendo establecer un límite a lo criminalizable<sup>265</sup>.

Karl Binding, desde una concepción iuspositivista, pretendió redefinir el concepto de bien jurídico en atención al contenido mismo de cada norma. Así, definió al bien jurídico como “aquello que el legislador considera valioso como condición de vida sana y en cuyo mantenimiento la comunidad –en opinión del legislador– tiene interés; reduciéndose el bien jurídico a un elemento de la propia norma, y siendo concebido como *ratio legis*.”<sup>266</sup>. Consideraba un sinsentido decir que el Derecho penal “debe” proteger bienes jurídicos, en tanto, todo aquello que el Derecho penal protege es precisamente lo que se considera como bien jurídico<sup>267</sup>.

Por otra parte, Kindhäuser definió al bien jurídico como:

---

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 379.

<sup>262</sup> *Ibidem*.

<sup>263</sup> *Ibidem*, pp. 383 – 384.

<sup>264</sup> Birnbaum, Franz, *Sobre la Necesidad de una Lesión de Derecho para el Concepto de Delito*, trad, José Guzmán Dalbora (Buenos Aires: Editorial B de F, 201), pp. 54 – 57. Citado en Szczaranski, *Sobre la Evolución del Bien Jurídico Penal*, p. 384.

<sup>265</sup> Szczaranski, *Sobre la Evolución del Bien Jurídico Penal*, pp. 384 – 385.

<sup>266</sup> *Ibidem*.

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 386.

[A]quellas propiedades de personas, cosas e instituciones que son de elemental significación para el libre desenvolvimiento del individuo en la sociedad. [...] son condiciones del libre desenvolvimiento personal a través de la participación en la vida social y estatal<sup>268</sup>.

Consecuentemente, el valor de los bienes jurídicos radica en la función de hacer posible la libertad<sup>269</sup>. La postura del profesor Kindhäuser se puede sintetizar de la siguiente manera:

‘Si la pena se dirige a la persona, entonces la culpabilidad, a través de la que se retribuye la pena, debe radicar en un uso incorrecto de la libertad personal: la culpabilidad es la defraudación de una libertad incorrectamente empleada’. La libertad debe entenderse como ‘una relación de mutuo reconocimiento como sujetos libres’. ‘La culpabilidad es la atribución de responsabilidad por el atentado a la norma social básica que constituye la relación de mutuo reconocimiento como sujetos libres: la coordinación justa entre esferas de libertad’. [...] ‘Si la culpabilidad está vinculada a una conducta a través de la que el autor demuestra que no respeta la libertad ajena, la norma contra la que el autor atenta debe ser una norma dirigida a proteger la libertad ajena’  
En suma, las normas jurídicas protegidas bajo pena sólo pueden legitimarse en cuanto protejan las condiciones básicas de la libertad personal<sup>270</sup>.

Así, la protección penal animal solo podrá ser legítima cuando se configure como un medio de protección de las condiciones de libertad de las personas en sociedad.

Por lo tanto, para mantener una convivencia pacífica y libre, debemos abrir la esfera de quienes hemos tradicionalmente considerado forman parte de la sociedad, incorporando a los animales y sus intereses dentro de esta. Siguiendo el planteamiento de Kindhäuser, nada nos impide considerar a los animales no-humanos como titulares de bienes jurídicos penales, ya que efectivamente los animales interactúan dentro de la sociedad, siendo posible aseverar que cumplen un rol activo dentro de esta y, es más, siendo incluso posible considerarlos como personas. Además, como ya se ha señalado, la sociedad (humana) chilena reconoce la *sintiencia* de los animales, y pide que sea tutelada por la legislación<sup>271</sup>, siendo también esencial este reconocimiento para mantener una convivencia social no violenta.

---

<sup>268</sup> Kindhäuser, Urs. “La lógica de la Construcción del Delito.” *Derecho Penal*, trad. Juan Pablo Mañalich (2009). Consultado el 7 de septiembre de 2018. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20090918\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20090918_02.pdf)

<sup>269</sup> Kindhäuser, Urs. “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal.” *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* (2009). Consultado el 25 de enero de 2020. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/124363>

<sup>270</sup> Alcácer, Rafael. “La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos.” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2002). Consultado el 26 de enero de 2020. [http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-08.pdf](http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf)

<sup>271</sup> Ver pie de página N° 14.

#### **2.4. Fundamentación jurídico-penal para tutelar a los animales no-humanos.**

El distintivo elemento expresivo del Derecho penal permite que sea una herramienta comunicativa idónea para expresar que se reprocha el maltrato a los animales en la sociedad. Ya que la sociedad chilena rechaza la crueldad ejercida en contra de los animales no-humanos, es necesario tutelarlos para mantener una convivencia social pacífica. Además, si consideramos a los animales parte de la comunidad, su protección se vuelve aún más necesaria, ya que como pacientes morales, debemos tutelar sus intereses en vivir y tener una buena vida libre de maltratos físicos y psíquicos. Tiene sentido criminalizar el maltrato hacia los animales ya que efectivamente reprochamos dicha actitud dentro de nuestra sociedad.

La noción de “derecho subjetivo” viene aparejada a la de un “deber”. Reconocer un derecho a alguien conlleva establecer una obligación o prohibición a los demás. Reconocer a los animales como sujetos de derechos implica que existe un deber respecto de dichos derechos. Si nos convencimos de que los animales son titulares del derecho a la vida y del derecho a la integridad física y psíquica, entonces estos derechos deben encontrarse plasmados y amparados dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, no está de más recordar que el bien jurídico protegido por el maltrato animal ya ha sido elevado por el Derecho penal como un bien jurídico de máxima entidad para nuestro ordenamiento jurídico al encontrarse tipificado en los artículos 291 *bis* y *ter* del Código Penal. Sin embargo, desde ya advertimos que el fin de la norma penal no se ve afectado por la realización material del maltrato animal, ya que, a pesar de tipificarse como un delito en nuestro Código Penal, difícilmente la norma logra reprochar el comportamiento de aquellos que la infringen al tener una escasa e ineficaz aplicación.

## **CAPÍTULO III: El animal no-humano en el ordenamiento jurídico chileno.**

En este capítulo se estudiará la situación en que se encuentra el animal no-humano dentro de la realidad jurídica chilena. Para esto, se contextualizará su estatus jurídico dentro de nuestra legislación, y se analizará el delito de maltrato animal. Finalmente, se realizarán recomendaciones para proteger efectivamente al animal no-humano tras fundamentar la necesidad de contar con una nueva legislación penal que efectivamente proteja sus intereses.

### **3.1. Situación jurídica del animal no-humano.**

La disposición actual que fija el estatus jurídico que detenta el animal no-humano dentro de nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en el Código Civil, el cual se vale de un modelo binario que distingue dos categorías: personas y cosas. A los animales no-humanos se les encasilla dentro de esta segunda categoría, como señalan los artículos 566 y 567 del Código Civil<sup>272</sup>. El artículo 582 del mismo cuerpo legal define al dominio sobre las cosas como “[e]l dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”. Y así, puede adquirirse el dominio del animal a través de todos los modos establecidos en el Código Civil: la accesión<sup>273</sup>, la ocupación<sup>274</sup>, la prescripción, la sucesión por causa de muerte, la tradición, y la ley. Esta clasificación nace del Derecho Romano, la que luego se manifiesta en el Código Civil Francés de 1804, texto en que se basa Andrés Bello para redactar nuestro cuerpo legal; clasificación que desde el año 1855 se ha mantenido intacta<sup>275</sup>.

---

<sup>272</sup> Los que disponen que “[l]as cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles” y “[m]uebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes)...”

<sup>273</sup> El dominio ejercido sobre el animal se hace extensivo también hacia los productos que genera producto de la accesión, como enuncia el artículo 646 del Código Civil “[l]os frutos naturales de una cosa pertenecen al dueño de ella; sin perjuicio de los derechos constituidos por las leyes, o por un hecho del hombre, al poseedor de buena fe, al usufructuario, al arrendatario [...] Así también las pieles, lana, astas, leche, cría, y demás productos de los animales, pertenecen al dueño de éstos”.

<sup>274</sup> El artículo 607 del Código establece que: “La caza y pesca son especies de ocupación por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos.” Y el artículo 617 describe como se adquiere su dominio: “Se entiende que el cazador o pescador se apodera del animal bravío y lo hace suyo, desde el momento que lo ha herido gravemente, de manera que ya no le sea fácil escapar, y mientras persiste en perseguirlo; o desde el momento que el animal ha caído en sus trampas o redes, con tal que las haya armado o tendido en paraje donde le sea lícito cazar o pescar. Si el animal herido entra en tierras ajenas donde no es lícito cazar sin permiso del dueño, podrá éste hacerlo suyo.”

<sup>275</sup> Al respecto, en agosto del 2016 ingreso a la Cámara de Diputados una Moción (Boletín 10830-07) para “modificar el Código Civil en materia de régimen jurídico aplicable a los animales”.

Esta clasificación es problemática para los animales no-humanos ya que, en caso de existir conflicto entre los intereses del animal y su dueño, siempre primaran los intereses del dueño<sup>276</sup>. Existe una razón por la que se les considera como “cosas”, no es una clasificación aleatoria, otorga utilidad al dueño para usar, gozar y disponer del animal arbitrariamente (dentro del margen legal). La propiedad también se encuentra garantizada por la Constitución Política de la Republica, en su artículo 19 número 24. Todo lo cual implica que, aún si llegara a promulgarse una ley que modificase sustancialmente la consideración jurídica del animal no-humano, prohibiendo o limitando todo acto de maltrato (no solamente un maltrato “injustificado”) en su corporalidad y/o psiquis, esta se podría estimar inconstitucional, ya que se estaría afectando la esencia del derecho de dominio, privando al dueño del animal de uno o todos los atributos de su propiedad.

Esta discusión no se encuentra tan alejada de la realidad actual. El 25 de agosto del 2009, en autos rol N° 1.459-09-CPR se dictó sentencia por el Tribunal Constitucional a fin de ejercer control de constitucionalidad respecto del artículo 12 de la Ley sobre Protección de los 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.

Las medidas señaladas se llevarán a efecto provisionalmente, a costa del imputado. Iguales atribuciones tendrán los organismos públicos encargados de aplicar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley.

Al respecto, el considerando sexto de la sentencia rol N° 1.459-09-CPR declaró que:

El artículo 12 del proyecto sujeto a control preventivo de constitucionalidad no es propio de la ley orgánica constitucional a que alude el artículo 77, inciso primero, de la Carta Fundamental, puesto que las medidas que, de acuerdo con dicha disposición el juez competente para conocer del delito a que alude puede ordenar, no quedan comprendidas dentro de las atribuciones a que se refiere el mencionado precepto constitucional ‘para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República.’ En consecuencia, no le corresponde a esta Magistratura pronunciarse sobre el mismo.

---

<sup>276</sup> Francione, *Reflections on Animals*, p. 9.

Más allá del alivio que este fallo otorgó a los defensores de los derechos de los animales, es patente el latente peligro a la defensa de los animales que provoca el ser catalogado como “cosas”.

El animal no-humano se encuentra regulado en diversas otras normativas jurídicas aparte del Código Civil. La legislación vigente se puede dividir en tres etapas<sup>277</sup>: una primera etapa (1954–1992) en que la normativa regula principalmente al animal con respecto a aspectos sanitarios relacionados con la producción de alimentos<sup>278</sup>; una segunda etapa (1992–2009) en que se empiezan a desarrollar normativas de bienestar animal<sup>279</sup>; y una tercera etapa (Desde el 2009)<sup>280</sup>,

---

<sup>277</sup> Clasificación realizada por la abogada Macarena Montes en su libro *Derecho Animal en Chile* (Santiago: Editorial Libromar, 2018).

<sup>278</sup> Etapa en que se considera a los animales principalmente como recursos económicos, “la normativa incidía solo indirectamente sobre el bienestar animal a través de mantener la salud de los animales para obtener productos inocuos para la salud humana...”– Carmen Gallo, prólogo de *Derecho Animal en Chile*, por Macarena Montes, p. xx. Se incluye en esta etapa: la Ley N° 11.564, de 17 de agosto de 1954 sobre Mataderos Clandestinos; el Decreto con Fuerza de Ley N° 294, de 5 de abril de 1960, establece funciones y estructura del Ministerio de Agricultura; el Decreto con Fuerza de Ley N° 16, de 9 de marzo de 1963, sobre sanidad y protección animal; el Decreto con Fuerza de Ley N° 725, de 31 de enero de 1968, que crea el Código Sanitario; el Decreto N° 56, de 3 de agosto de 1983, que crea el Reglamento de Ferias de Animales; el Decreto N° 73, de 21 de agosto de 1985, que establece medidas de control para impedir la introducción al territorio de enfermedades infectocontagiosas de los animales; la Ley N° 18.755, de 7 de enero de 1989, que establece normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero; el Decreto N° 130, de 8 de noviembre de 1990, que crea la Comisión Asesora en el Área de Salud Animal; y al Decreto N° 430, de 21 de enero de 1992, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.892, de 1989 y sus modificaciones.

<sup>279</sup> Concepto que se introduce en la legislación chilena tras la celebración del Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea – Montes, *Derecho Animal en Chile*, pp. 6 – 7. Se incluye en esta etapa: la Ley N° 19.162, de 7 de septiembre de 1992, que establece sistema obligatorio de clasificación de ganado, tipificación y nomenclatura de sus carnes y regula funcionamiento de mataderos, frigoríficos y establecimientos de la industria de la carne; el Decreto N° 240, de 26 de octubre de 1993, sobre Reglamento General de Transporte de Ganado y Carne Bovina; la Ley N° 19.473, de 27 de septiembre de 1996, sustituye texto de la Ley N° 4.601, sobre Caza y el artículo 609 del Código Civil; el Decreto N° 5, de 7 de diciembre de 1998, aprueba Reglamento de la Ley de Caza; la Ley N° 20.293, de 25 de octubre de 2008, que protege a los cetáceos e introduce modificaciones a la Ley N° 18.892 General de Pesca y Acuicultura; y al Decreto N° 94, de 2 de junio de 2009, aprueba el Reglamento sobre estructura y funcionamiento de mataderos, establecimientos frigoríficos, cámaras frigoríficas y plantas de desposte y fija equipamiento mínimo de tales establecimientos.

<sup>280</sup> Se incluye en esta etapa: la Ley N° 20.380, de 3 de octubre de 2009, sobre Protección de Animales; el Decreto N° 30, de 16 de mayo de 2013, que aprueba el Reglamento sobre Protección del Ganado durante el Transporte; el Decreto N° 29, de 24 de mayo de 2013, que aprueba el Reglamento sobre Protección de los Animales durante su producción industrial, su comercialización y en otros recintos de mantención de animales; el Decreto N° 28, de 30 de mayo de 2013, que aprueba el Reglamento sobre Protección de los Animales que provean de carne, pieles, plumas y otros productos al momento del beneficio en establecimientos industriales; el Decreto N° 2, de 26 de agosto de 2015, que aprueba el Reglamento para el control reproductivo de animales de compañía; el Decreto N° 2, de 9 de abril de 2016, que aprueba normas técnicas de la Ley N° 20.089, que crea el Sistema Nacional de Certificación de Productos Orgánicos Agrícolas; el Decreto N° 4, de 4 de julio de 2017, que aprueba el nuevo Reglamento de Alimentos para Animales; la Ley N° 21.020, de 2 de agosto de 2017, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía; y al Decreto N° 1.007, de 17 de agosto de 2018, que aprueba el Reglamento que establece la forma y condiciones en que se aplicarán las normas sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía y determina las normas que permitirán calificar a ciertos especímenes caninos como potencialmente peligrosos.

que aún no concluye, caracterizada por profundizar en la protección de los animales como seres sensibles. Dentro de esta tercera etapa, cabe destacar las siguientes normas:

i. Ley N° 20.380, de 3 de octubre de 2009, sobre Protección de Animales:

Regulación orgánica que establece directrices de carácter general para la protección de los animales no-humanos. Su artículo 1° dicta:

Esta ley establece normas destinadas a conocer, proteger y respetar a los animales, como seres vivos y parte de la naturaleza, con el fin de darles un trato adecuado y evitarles sufrimientos innecesarios.

Es la primera norma jurídica chilena en reconocer expresamente que los animales no-humanos son seres sensibles<sup>281</sup>. Su finalidad es establecer un marco jurídico para la protección de los no-humanos, resguardando su bienestar. Regula diversas materias, como lo son: la educación para el respeto y la protección de los animales; la protección de los animales en general; el transporte de animales; los circos, parques zoológicos y otros lugares destinados al espectáculo o exhibición de los animales; los laboratorios de diagnóstico veterinario; los establecimientos destinados a la producción industrial de animales y sus productos, y los locales comerciales establecidos para la compraventa de animales; la experimentación en animales vivos; el sacrificio de animales y el delito de maltrato animal. Además, ordena la creación de un Comité de Bioética Animal permanente.

Su artículo 16 exceptúa a los deportes en que participan animales de su ámbito de aplicación, estando estas actividades reguladas por sus respectivos reglamentos. Además, el artículo 17 de la Ley establece que esta se aplicará de manera supletoria:

[A] lo dispuesto en las leyes números 18.892, General de Pesca y Acuicultura; 18.755, del Servicio Agrícola y Ganadero; 4.601, sobre caza; 19.162, sobre sistema obligatorio de clasificación de ganado y funcionamiento de mataderos, frigoríficos y establecimientos de la industria de la carne; en el decreto con fuerza de ley R.R.A. N° 16, de 1963, sobre sanidad y protección animal; en el Código Sanitario y sus normas complementarias, y en otras leyes especiales.

---

<sup>281</sup> Montes, *Derecho Animal en Chile*, p. 54.

ii. Ley N° 21.020, de 2 de agosto de 2017, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía:

Su artículo 1° establece:

Esta ley tiene por objeto establecer normas destinadas a:

- 1) Determinar las obligaciones y derechos de los responsables de animales de compañía.
- 2) Proteger la salud y el bienestar animal mediante la tenencia responsable.
- 3) Proteger la salud pública, la seguridad de las personas, el medio ambiente y las áreas naturales protegidas, aplicando medidas para el control de la población de mascotas o animales de compañía.
- 4) Regular la responsabilidad por los daños a las personas y a la propiedad que sean consecuencia de la acción de mascotas o animales de compañía”.

Esta normativa incorpora disposiciones novedosas a la legislación para la protección animal. Entre ellas, su artículo 2° que define diversos conceptos de utilidad práctica, como lo son: mascotas o animales de compañía<sup>282</sup>, y tenencia responsable de mascotas o animales de compañía<sup>283</sup>. Su artículo 3°, que confiere a los órganos de la Administración del Estado y, en especial, los Ministerios del Interior y Seguridad Pública, de Salud y de Educación, la promoción de la tenencia responsable de mascotas o animales de compañía a fin de asegurar su bienestar, y la salud de las personas y el medio ambiente. La norma además fija la creación de seis registros nacionales para ser mantenidos y administrados por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Por otra parte, su artículo 9° dicta que las municipalidades podrán establecer, en el marco de su disponibilidad presupuestaria, fondos concursables a los cuales podrán postular las personas jurídicas sin fines de lucro, cuyos objetivos sea la protección de animales y la promoción de la tenencia responsable. Su artículo 11 prohíbe “a los responsables de mascotas o animales de compañía el adiestramiento dirigido a acrecentar y reforzar su agresividad”, quedando excluidos las Fuerzas Armadas, las de Orden y Seguridad Pública y Gendarmería de Chile, así como también

---

<sup>282</sup> “[A]quellos animales domésticos, cualquiera sea su especie, que sean mantenidos por las personas para fines de compañía o seguridad. Se excluyen aquellos animales cuya tenencia se encuentre regulada por leyes especiales.”

<sup>283</sup> “[C]onjunto de obligaciones que contrae una persona cuando decide aceptar y mantener una mascota o animal de compañía, y que consiste, entre otras, en registrarlo ante la autoridad competente cuando corresponda, proporcionarle alimento, albergue y buen trato, brindarle los cuidados veterinarios indispensables para su bienestar y no someterlo a sufrimientos a lo largo de su vida. La tenencia responsable comprende también el respeto a las normas de salud y seguridad pública que sean aplicables, así como a las reglas sobre responsabilidad a que están sujetas las personas que incurran en infracción de ellas, y la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para evitar que la mascota o animal de compañía cause daños a la persona o propiedad de otro.”

prohíbe toda pelea de animales. Su artículo 12 prohíbe el abandono de animales, estableciendo que “será considerado maltrato y crueldad animal y será sancionado acorde a lo establecido en el artículo 291 bis del Código Penal”. Su artículo 28 dispone que las municipalidades y a la autoridad sanitaria estarán encargadas de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley. Adicionalmente, su artículo 29 faculta a las “organizaciones promotoras de la tenencia responsable de mascotas o animales de compañía, cualquiera sea su domicilio dentro del país” para querrellarse por el delito de maltrato o crueldad animal. Su artículo 33 faculta a los jueces de Policía Local para conocer de las infracciones de la Ley. Su artículo 34 dicta que las disposiciones contenidas en esta Ley se aplicarán supletoriamente a otras normativas jurídicas (Ley N° 18.892 General de Pesca y Acuicultura, Ley N° 18.755 sobre el Servicio Agrícola y Ganadero, Ley N° 19.473, sobre Caza, entre otras leyes especiales). Finalmente, su artículo 36 modifica el delito de maltrato animal en el Código Penal.

Lamentablemente, por motivos de eficiencia legislativa, la norma mezcla a la tenencia responsable de mascotas con normas de Bienestar Animal, lo que genera ciertos problemas en cuanto a su técnica legislativa. Destaca la confusa utilización del vocablo “animal” que, en ocasiones, se utiliza como sinónimo de perros y (tal vez) gatos, y en otras instancias (de menor ocurrencia) se utiliza bajo su acepción tradicional, entendiendo a los animales no-humanos en su generalidad.

- iii. Decreto N° 1.007, de 17 de agosto de 2018, que aprueba el Reglamento que establece la forma y condiciones en que se aplicarán las normas sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía y determina las normas que permitirán calificar a ciertos especímenes caninos como potencialmente peligrosos:

Se dicta en virtud de los artículos 4° y 5° de la Ley N° 21.020. Entre sus disposiciones más relevantes cabe destacar: su artículo 1° que define conceptos importantes, y su artículo 5° que establece la medida judicial de cuidado provisional<sup>284</sup>. Además, establece cuales especímenes caninos serán considerados como potencialmente peligrosos, y regula las campañas de educación

---

<sup>284</sup> “Si durante la tramitación de un juicio o iniciado un procedimiento que se sustancie ante los juzgados de policía local, el juez competente designare a un tercero para el cuidado provisional de una mascota o animal de compañía, la persona natural o jurídica que quedare a cargo deberá proporcionar la atención y cuidados veterinarios señalados en este Título para la adecuada recuperación o estabilización de la mascota o animal de compañía, incluyendo la implementación de un programa de socialización adecuada.”

en tenencia responsable de mascotas y animales de compañía, los programas para prevenir el abandono de animales e incentivar su reubicación y cuidados, la esterilización masiva y obligatoria de mascotas, los procedimientos en caso de extravió de mascotas o animales de compañía, y los sistemas para desincentivar la crianza y reproducción indiscriminada de mascotas o animales de compañía.

Entendiendo que la protección animal comienza por su calificación jurídica<sup>285</sup>, podemos evidenciar que el animal no-humano se encuentra actualmente en una situación de desprotección producto de su calificación jurídica contradictoria. Esto se manifiesta en nuestra legislación discordante que, por un lado, califica a los animales como “cosas”, para asegurar su aprovechamiento por parte de los humanos, y por el otro lado, los tutela jurídicamente reconociendo expresamente su capacidad de sentir. Es necesario preguntarnos si tiene actualmente algún sentido esta clasificación, ya que pareciera ser que su consideración jurídica como “cosa” no se condice con la consideración que se ha tenido en su respecto en esta última etapa legislativa. Todo lo cual dificulta el entendimiento de su estatus jurídico como “cosa” ya que, sea que es considerado como una cosa protegida por el Derecho, como un sujeto sintiente, o como un ser digno de protección, no existe una línea clara y coherente en nuestra legislación.

### **3.2. El delito de maltrato animal.**

Los artículos 291 *bis* y 291 *ter* del Código Penal son las principales herramientas con la que cuenta nuestro ordenamiento jurídico para proteger la integridad física del animal no-humano. Lamentablemente, este tipo penal se ha desarrollado de manera limitada por parte de la doctrina tradicional<sup>286</sup>, cuestión que tiene serias implicancias prácticas. La falta de estudio y conocimiento de la materia provoca que exista una ignorancia generalizada por parte de los sujetos procesales encargados de hacer valer la justicia, lo que permite que ocurran situaciones lamentables como la ocurrida el 19 de enero del 2019, caso en que una perra murió tras pasar 6 horas encerrada en un automóvil bajo el sol. Notoriamente se reportó que el dueño del animal fue citado (erróneamente)

---

<sup>285</sup> Harris, Pedro, *Regímenes Comparados de Protección Animal* (Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional, 2013), p. 1.

<sup>286</sup> Entre los manuales de Derecho Penal más consultados, vemos que no se analiza este delito en: *Derecho Penal: Parte Especial*, tomos III y IV de Alberto Etcheberry; *Derecho Penal Parte Especial*, tomos III y IV de Mario Garrido Montt; y en *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte Especial*, de Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez.

a comparecer ante Policía Local, tratándose como un caso de tenencia responsable, cuando debió ser formalizado por el delito de maltrato animal. La ignorancia del fiscal a cargo, sumada a la falta de capacitación de Carabineros permite que situaciones como esta ocurran constantemente, existiendo una preocupante impunidad por este delito<sup>287</sup>.

El Código Penal chileno fue promulgado el 12 de noviembre de 1874, y empezó a regir el 1 de marzo de 1875. Parte del gobierno quería que el cimiento de este Código fuese el Código Penal belga, pero en el 26 de abril de 1870 triunfa el criterio de Alejandro Reyes y se adopta como base el Código Penal español<sup>288</sup>. Llama la atención, sin embargo, que, aunque dicho Código (español) carecía de preceptos en contra el maltrato animal, de todas maneras se incorpora uno al promulgarse el Código Penal chileno en la forma de una falta. El artículo 293 número 32 del Código sancionaba con pena de prisión en su grado mínimo, conmutable por multa al que “se hiciere culpable de actos de crueldad o maltrato excesivo para con los animales”. La incorporación de este artículo se explica porque dicha disposición fue copiada a la letra del Código belga, cuyo artículo 561 número 5 también situaba entre sus faltas a “*ceux qui se seront rendus coupables d’actes de cruauté ou de mauvais traitements excessifs envers les animaux*”<sup>289</sup>. A pesar de la innovación del Código Penal chileno al incorporar este precepto, no se incluyó el numeral 6° del artículo belga que contemplaba la prohibición de torturar a los animales en combate y juegos o espectáculos.

Esta falta se mantuvo intacta por más de 100 años, hasta que en 1989 se modificó con la promulgación de la Ley N° 18.859. La cual derogó la disposición, creando en reemplazo el artículo 291 *bis*, incorporado dentro del título VI, parágrafo 9 (“Delitos relativos a la salud animal y vegetal”) del Código Penal. Además de incrementar la punición del ilícito, suprime el requisito de maltrato “excesivo” que matizaba a la antigua falta, la que se convierte en un simple delito. Dicha Ley se configuró en el contexto de la Dictadura Militar, lo que permite explicar el enfoque de la iniciativa, en efecto, el Informe Técnico del Proyecto de Ley que modifica el ilícito señala:

---

<sup>287</sup> “[D]e los pocos casos que han llegado efectivamente a juicio, solo en uno ha existido imputación de una pena privativa de libertad a la fecha”, en la Sentencia de Juzgado de Letras y Garantía de Freirina, de 8 de septiembre de 2015 RIT N° 323-2014. – Leiva, Carolina. “El Delito de Maltrato Animal en Chile: Historia del artículo 291 bis y análisis crítico a la luz del nuevo tipo penal incorporado por la Ley N° 21.020.” En *Derecho Animal: Teoría y Práctica*, ed. Chible, María José y Gallego, Javier. (Santiago: Thomson Reuters, 2018), pp. 410.

<sup>288</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I (Buenos Aires: Editorial Losada, 1950), p. 1166.

<sup>289</sup> “Aquellos que son culpables de actos de crueldad o abuso excesivo a los animales”.

El proyecto de ley motivo de esta moción encuentra sólida sustentación en razones de política criminal, esto es, la prevención delictual. En efecto, los actos de crueldad para con los animales endurecen el alma del hombre predisponiéndolo a la violencia con sus semejantes, todo lo cual puede ser el origen de ciertas tendencias antisociales y delictuales<sup>290</sup>.

Existe un patente espíritu prevencionista que motiva al legislador en dicho Informe Técnico, el cual menciona también que:

[E]l bien jurídico protegido por este proyecto es aquel que pertenece a la sociedad a quien interesa el castigo del ánimo especial de crueldad de algunos hombres que se manifiesta provocando sufrimiento a algún ser viviente, sea racional o irracional<sup>291</sup>.

El articulado original de la moción inicial del Proyecto de Ley contemplaba una protección bastante avanzada y completa al animal no-humano. Se hacía cargo de gran parte de los vacíos existentes hasta ese momento (y que deja la redacción final), así por ejemplo; la configuración de los hechos del delito no solamente se podían ejecutar mediante una acción, sino también mediante una omisión, extendiendo la penalidad hacia: quienes abandonaran a un animal doméstico o domesticado; quienes incitaran o hicieran apología de crueldad para con los animales; y al médico veterinario que otorgara certificación falsa que acreditase que el animal se encontraba sano o apto para trabajar, entre otros. También facultaba al tribunal para retirar al animal víctima del delito del poder del inculpado, dejándolo al cuidado de una persona natural o jurídica idónea, y extendía su ámbito de aplicación a todo establecimiento o empresa en cuyo local o instalación se cometiere alguno de los hechos contemplados por ella. Además, incluía normas de bienestar para aquellos animales utilizados en la industria ganadera, dictando que se debía insensibilizar al animal antes de su beneficio.

Lamentablemente, esta iniciativa no prosperó, y se decidió no valerse de una ley autónoma, sino introducir una enmienda al Código Penal por razones de “problemática jurídico-penal”<sup>292</sup>. De manera que, en la tercera comisión legislativa se decide incorporar al Código Penal en el artículo 291<sup>293</sup> el delito de maltrato de animales, reiterándose que el bien jurídico protegido “dice relación

---

<sup>290</sup> Historia de la Ley N° 18.859.

<sup>291</sup> *Ibidem*.

<sup>292</sup> *Ibidem*.

<sup>293</sup> Artículo que se encontraba disponible por haber sido derogado su contenido. Finalmente, la Comisión Conjunta considero acertado incluir al delito como un nuevo artículo 291 *bis*. – *Ibidem*.

con aquel de carácter supraindividual cuyo titular es la sociedad, pues ésta se ve ofendida por el ánimo especial de crueldad que se manifiesta ocasionando sufrimientos a algún ser viviente...<sup>294</sup>.

El informe del Proyecto de Ley de fecha de 19 de julio del año 1989 expresa la formulación más reveladora de la intención del legislador al promulgar esta norma, sostenido que:

La protección a los animales debe estimarse un deber moral del hombre, pues contribuye a fortalecer el noble y elevado sentimiento humano del respecto a los seres más débiles. Aunque la legislación considere al animal una cosa, es una cosa '*sui generis*', ya que se trata de seres dotados de sensibilidad. El centro de la protección debe radicarse en esta "creatura" que sufre los maltratos. El bien jurídico protegido no es el dominio sobre una cosa, cuyo titular es el propietario. Muy por el contrario, es la sociedad la titular de este bien jurídico, que extraña la idea de evitar el sufrimiento a todo ser viviente, aunque sea irracional. Por consiguiente, el delito de daños a la propiedad ajena que contemple el Código Penal no puede captar apropiadamente este bien jurídico [...].

Avalan, además, esta moción sólidos criterios de política criminal. Los actos de crueldad con los animales, en efecto, endurecen al hombre, lo predisponen a la violencia y pueden ser el origen de tendencias antisociales y delictuales...<sup>295</sup>.

Así, el tipo penal queda como:

Artículo 291 *bis*. – El que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de uno a diez ingresos mínimos mensuales, o solo esta última.

El articulado del 291 *bis* se mantiene intacto por 20 años hasta la promulgación de la Ley N° 20.380 sobre Protección de Animales del año 2009, la cual modifica el precepto elevando su marco punitivo. Aumenta la penalidad del delito de presidio menor en su grado mínimo (desde 61 a 540 días) a presidio menor en su grado mínimo a medio (desde 61 días a 3 años) y multa de dos a treinta unidades tributarias mensuales, o solo esta última.

La Ley sobre Protección de Animales tiene como antecedentes dos mociones parlamentarias distintas, el "Proyecto de Ley de Protección de los Animales" (Boletín N° 1721-12 presentado el año 1995), y el "Proyecto de Ley que tipifica la conducta de maltrato o crueldad con los animales y entrega competencia para conocer de la infracción" (Boletín N° 3327-12 del año

---

<sup>294</sup> *Ibidem*.

<sup>295</sup> *Ibidem*.

2003). La Comisión del Medio Ambiente y Bienes Nacionales, para otorgar mayor celeridad a estas iniciativas, finalmente propone fusionar ambos proyectos.

Entre los fundamentos expuestos para otorgar un marco normativo de protección a los animales, se menciona por parte del sacerdote jesuita Jorge Prieto que:

[E]xisten principios que no son discutibles por ningún proteccionista, cristiano o no cristiano, religioso o ateo, y que no debieran ser discutibles en realidad, por ningún ser humano, tal es el principio de Igualdad Moral que tienen los animales con los seres humanos. El Derecho de Igualdad Moral apunta, exclusivamente, a que los animales también tienen capacidad de sufrimiento y esto hoy no lo cuestiona ningún entendido en la materia<sup>296</sup>.

En este mismo documento se señala que:

[E]n el sentido de tener una legislación moderna sobre protección de los animales en Chile, no se trata sólo de que la sociedad o los humanos seamos compasivos con los animales porque la crueldad con ellos acaba generando crueldad con los humanos. Quizás sea cierto que la compasión por los humanos y por otros animales vayan unidas frecuentemente; pero, de cualquier manera, decir o pensar que ésta es la única razón por la que debemos ser compasivos con los animales porque tienen necesidades fisiológicas, etológicas y de adaptación al medio ambiente y porque es injustificable excluirlos de la esfera de preocupación moral, hacer que esta consideración dependa exclusivamente de las consecuencias beneficiosas que puedan resultar para los humanos, es aceptar implícitamente que los intereses de los animales no son en sí mismos suficientes para que los tengamos en cuenta [...]

Es imprescindible contar con una herramienta legal, con apoyo de fiscalización, que permita Prevenir y eventualmente controlar situaciones de maltrato a todos los animales, sean estos domésticos, de compañía o criados por los humanos para su consumo; animales silvestres, o usados para la experimentación [...]

Los animales son incapaces de exigir sus propios derechos o de protestar contra su condición mediante votaciones, manifestaciones o bombas. Los seres humanos tienen el poder de continuar oprimiendo siempre a otras especies, hasta que hagamos este planeta inservible para todos los seres vivientes.

¿Nos levantaremos ante el desafío y probaremos nuestra capacidad de comportarnos con auténtico altruismo, poniendo fin a la cruel explotación de las especies, no porque nos hayamos visto forzados a ello por los rebeldes o los terroristas, sino porque reconocemos que nuestra postura es moralmente irrefutable?<sup>297</sup>

En la historia de la Ley N° 20.380, se aprecian los argumentos vertidos por parte del legislador para fundamentar la necesidad de aprobar esta norma. En la discusión general en Sala de fecha 20 de mayo del año 2009, destacan las intervenciones de los senadores Antonio Horvath

---

<sup>296</sup> Boletín N° 1721-12.

<sup>297</sup> *Ibidem*.

y Guido Girardi. El senador Horvath se manifiesta respecto a la capacidad que tienen los animales de sentir y, por lo tanto, de sufrir, estableciendo que “nadie tiene derecho a hacerlos sufrir innecesariamente”<sup>298</sup>. Agrega además que “una persona que maltrata o ejerce crueldad con los animales lo hace también con sus semejantes. Por tanto, la ley se transforma en una barrera que la propia sociedad impone para resguardarse a sí misma. No se trata solo de proteger a los animales, sino además a nuestra vida”<sup>299</sup>. Por último, señala:

Para las personas que se guían por intenciones económicas –ello es plenamente sano–, hoy en día nuestros productos y servicios, a niveles nacional e internacional, deben contar con trazabilidad. Por ello, ha de saberse a fe cierta si se aplicó maltrato, crueldad o sufrimiento innecesario a los animales en la elaboración de productos y en la entrega de servicios –al igual como ocurre en el ámbito de los derechos humanos–; si medió participación de niños; si se dio cumplimiento a las normas ambientales o laborales, en fin...<sup>300</sup>

Su argumento se centra en los beneficios que una Ley de protección animal podría brindar a la comunidad humana, y además destaca como un factor relevante la *sintiencia* animal. Por su parte, el senador Girardi comparte una visión más bien ecologista para fundamentar la norma, argumentando:

[N]egar nuestro vínculo con los animales y otros seres vivos no solo es ceguera, no solo es una visión antropocéntrica, egocéntrica, sino que niega la posibilidad de la vida, porque nosotros dependemos de muchos otros microorganismos, que generan los oxígenos, que mantienen los climas y la química del planeta, respecto de los cuales no tenemos ningún respeto. Producto de esa ceguera, estamos destruyendo la vida en el planeta. Nuestra especie está ocupando todos los nichos ecológicos de los demás seres vivos. Los humanos, dado que somos los más inteligentes, los que podemos tener un concepto de belleza, de amor más profundo, de sentimiento, de sensibilidad, tal vez seamos los animales menos sensibles, que menos apreciamos la belleza, que más ceguera exhibimos al respecto<sup>301</sup>.

Respecto al bien jurídico protegido por la Ley N° 20.380, Guzmán Dalbora se inclina por una concepción ambientalista. Se basa en el artículo 1° de la Ley, el cual dicta: “Esta ley establece normas destinadas a conocer, proteger y respetar a los animales, como seres vivos y parte de la naturaleza, con el fin de darles un trato adecuado y evitarles sufrimientos innecesarios...”. Y el artículo 2° inciso primero de la Ley, el cual prescribe que: “El proceso educativo, en sus niveles

---

<sup>298</sup> Historia de la Ley N° 20.380.

<sup>299</sup> *Ibidem*.

<sup>300</sup> *Ibidem*.

<sup>301</sup> *Ibidem*.

básico y medio, deberá inculcar el sentido de respeto y protección a los animales, como seres vivientes y sensibles que forman parte de la naturaleza". Consecuentemente argumenta que, de seguirse esta postura, nos encontraríamos frente a un ambientalismo antropocéntrico<sup>302</sup>, concepción dominada por la idea que un ambiente sano es un derecho de los seres humanos<sup>303</sup>.

Sin embargo, esta posición no parece correcta, ya que tomando en consideración los mismos artículos en los que Guzmán Dalbora se basa, pareciera ser que existe un interés superior por la protección del bienestar y salud del animal. Lo que se evidencia en el artículo 1º de la Ley, al disponer que esta está destinada a "conocer, proteger y respetar a los animales, como seres vivos parte de la naturaleza, con el fin de darles un trato adecuado y evitarles sufrimientos innecesarios". Se reconoce su *sintiencia* (al establecer que se debe evitar causarles sufrimientos innecesarios); y en el artículo 2º de la Ley que establece que se "deberá inculcar el sentido de respeto y protección a los animales, como seres vivientes y sensibles que forman parte de la naturaleza".

Consecuentemente, se pretende educar a la sociedad, desde dos pilares: (1) Concientizando a la sociedad del respeto y protección que merecen los animales a raíz de su sensibilidad, y; (2) la autoridad deberá además dar prioridad "a la educación para la tenencia responsable de animales, a fin de controlar especialmente la población canina y felina".

La Ley sobre Protección Animal además faculta al juez competente para establecer una nueva medida provisoria, señalando su artículo 12 que:

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.

Las medidas señaladas se llevarán a efecto provisionalmente, a costa del imputado.

Iguales atribuciones tendrán los organismos públicos encargados de aplicar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley".

---

<sup>302</sup> Hace referencia a lo que Zaffaroni llama ecologismo jurídico – que concede a la naturaleza la condición de bien jurídico asociado a los derechos humanos. – "La Pachamama y el Humano." *Pensamiento Penal*. Consultado el 3 de marzo de 2018. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/07/doctrina41580.pdf>

<sup>303</sup> Guzmán Dalbora, José Luis, "Primer Congreso sobre Derecho Animal PUCV." (Congreso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 11 de agosto de 2017).

En agosto del año 2017 se publica la Ley N° 21.020 sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía. La iniciativa legislativa se origina en el Senado el 5 de mayo del 2009 (Boletín N° 6.499-11), denominada “Proyecto de Ley sobre responsabilidad por daños ocasionados por animales potencialmente peligrosos”. Se presentó como una regulación de:

[C]arácter general, por cuanto es un reglamento sobre tenencia de animales el que debe regular los aspectos relacionados con las condiciones sanitarias en que éstos deben ser mantenidos, las condiciones de funcionamiento de los establecimientos destinados a la crianza, vanía y mantención da .mascotas, normar sobre eí registro de ios canes y fetinos, etc. [sic]<sup>304</sup>

El objetivo principal del proyecto era establecer responsabilidad penal y civil por los daños ocasionados por las mascotas, no considerándose suficiente las disposiciones existentes hasta ese momento, siendo estas:

- En materia penal: El artículo 491 del Código Penal, que penaliza al “dueño de animales feroces que, por descuido culpable de su parte, causaren daño a las personas”; y el artículo 492 N° 18 del Código Penal, que multa al “dueño de animales feroces que en lugar accesible al público los dejare sueltos o en disposición de causar mal”.
- En materia civil: Todas las disposiciones generales relativas a responsabilidad extracontractual contenidas en el Código Civil, y otras disposiciones especiales como el artículo 25-D<sup>305</sup> de la Ley N° 19.284.

En agosto del año 2009 se presenta el Oficio Indicaciones del Ejecutivo, el cual “formula indicación sustitutiva al Proyecto de Ley sobre Responsabilidad por daños ocasionados por animales potencialmente peligrosos”. Se introducen nuevos artículos con el objetivo de proteger la salud animal, promoviendo su bienestar mediante la tenencia responsable, así como la salud pública<sup>306</sup>.

El Proyecto de Ley se discute por 8 años, hasta que en marzo del año 2017 se presenta el Informe de la Comisión Mixta encargada de proponer la forma y modo de superar las discrepancias

---

<sup>304</sup> Historia de la Ley N° 21.020.

<sup>305</sup> “Artículo 25-D.- Los perros de asistencia deberán estar debidamente identificados, mediante el distintivo de carácter oficial que determine el reglamento.”

<sup>306</sup> Von Mühlhenbrock, *El rodeo en Chile*, p. 25.

producidas entre el Senado y la Cámara de Diputados, en donde se propone reemplazar el artículo 291 *bis* del Código Penal por:

Artículo 291 bis.- El que injustificadamente y por cualquier medio o procedimiento ejerza maltrato o crueldad contra un animal, será castigado con pena de multa de dos a treinta unidades tributarias mensuales. El que, producto de la acción u omisión arriba descrita, causare al animal daño físico o síquico, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de diez a treinta unidades tributarias mensuales, además de inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de animales. Si como resultado de la acción u omisión se produjere lesiones que menoscaben gravemente la integridad física o la muerte del animal, se impondrá una pena de presidio menor en su grado medio y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, además de inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de animales.

Además de incluirse un artículo 291 *ter*, nuevo, que se adicionaría al anterior en el Código Penal, estableciéndose lo siguiente:

Artículo 291 *ter*. – Para los efectos del artículo anterior, se entenderá por actos de maltrato o crueldad animal toda acción u omisión, puntual o reiterada, que injustificadamente causare daño, dolor o sufrimiento al animal, tanto físico como síquico.

Finalmente, se promulga la Ley el 19 de julio del 2017, y se publica en el Diario Oficial el 2 de agosto de 2017, pasando a denominarse coloquialmente “Ley Cholito”. En concreto, modifica el artículo 291 *bis*, estableciendo dos formas calificadas del tipo formuladas en los nuevos incisos 2º y 3º. En el inciso 2º, el criterio de calificación consiste en el condicionamiento causal de un “daño” para el animal como resultado. El inciso 3º se condiciona al resultado de “lesiones que menoscaben gravemente la integridad física o provocaren la muerte del animal”<sup>307</sup>.

Mañalich estima que:

Más allá de la penalidad progresivamente incrementada, frente a aquella asociada a la forma básica del ahora inc. 1º, para una y otra variante calificada, la innovación más importante queda determinada por el hecho de que en la formulación de cada una de las dos variantes calificadas la disposición hable, en singular, ‘del animal’, lo que contrasta con el hecho de que el ahora inc. 1º siga haciendo uso de una forma plural al establecer como aparente núcleo típico el ejecutar ‘actos de maltrato o crueldad con animales’<sup>308</sup>

---

<sup>307</sup> Mañalich, *Animalidad y subjetividad*, p. 322.

<sup>308</sup> *Ibidem*.

Se incorpora también un nuevo artículo al Código Penal, ubicado a continuación del artículo 291 *bis*. Dicho artículo trae consigo una íntegra redefinición de la variante ahora básica del delito en cuestión<sup>309</sup>. Además, el artículo 12 de la Ley expresamente incorpora al abandono de animales bajo la norma de sanción del artículo 291 *bis*. Es:

[F]undamental reparar en que, con arreglo a esta definición, el delito pasa a tener, inequívocamente, una estructura resultativa. Esto se traduce en que, en su forma básica, la consumación del delito quede condicionada por la exigencia de que el comportamiento en cuestión dé lugar –de manera imputable– a un resultado de daño, dolor o sufrimiento para el animal. A este respecto debe notarse, con todo, que el hecho –indicativo de una deplorable técnica legislativa– de que la voz ‘daño’ también sea usada, en el contexto del nuevo inc. 2º del art. 291 *bis*, para designar el resultado de la respectiva variante calificada, sugiere que el núcleo de la variante básica del delito puede ser identificado ya sea con la producción –en su modalidad comisiva– o con la falta de impedimento o supresión –en su modalidad omisiva– de dolor o sufrimiento para el animal de que se trate. Por su parte, la explícita formulación de una modalidad omisiva de maltrato, en los términos ya referidos, debe ser entendida, a su vez, como descansando en la consideración de que, en congruencia con lo establecido en el art. 10 de la ley, así como en general con lo dispuesto en el art. 3º de la Ley Nº 20.380, ‘sobre protección de animales’, serán la o las personas responsables del bienestar del animal afectado quienes, en su condición de garantes, puedan venir en consideración como posibles autoras de la variante así construida<sup>310</sup>.

La nueva formulación de los incisos 2º y 3º del artículo 291 *bis*, más el artículo 291 *ter* que identifica al objeto de referencia del comportamiento potencialmente punible con un animal individualmente considerado permite concluir que el tipo de “Maltrato de Animales” es sustituido por un delito de “Maltrato Animal”<sup>311</sup>. Lo que trae serias consecuencias respecto a la individualización y la cuantificación de las instancias de realización del tipo, en función de si son uno o más los animales cuyo maltrato venga en consideración.

Por último, cabe recalcar que la nueva Ley incorpora la pena accesoria de “Inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de animales” (artículo 11), y además, faculta a las “organizaciones promotoras de la tenencia responsable de mascotas o animales de compañía, cualquiera sea su domicilio dentro del país” para querrellarse en casos de maltrato o crueldad animal (artículo 29).

---

<sup>309</sup> *Ibidem*.

<sup>310</sup> “Es importante notar, con todo, que mientras las relaciones de garantía configuradas con arreglo a la Ley Nº 20.380 aparecen fundamentadas en el desempeño de una función de protección del animal en cuestión, el foco de la Ley Nº 21.020 se encuentra primaria, aunque no exclusivamente puesto, más bien, en el desempeño de una función de control o vigilancia del animal en cuanto fuente de peligro.” – *Ibidem*, p. 323.

<sup>311</sup> *Ibidem*, p. 324.

### 3.2.1. Análisis de los artículos 291 *bis* y 291 *ter* del Código Penal.

El artículo 291 *bis* dispone:

El que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de dos a treinta unidades tributarias mensuales, o sólo con esta última.

Si como resultado de una acción u omisión se causare al animal daño, la pena será presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de diez a treinta unidades tributarias mensuales, además de la accesoria de inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de cualquier tipo de animales.

Si como resultado de las referidas acción u omisión se causaren lesiones que menoscaben gravemente la integridad física o provocaren la muerte del animal se impondrá la pena de presidio menor en su grado medio y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, además de la accesoria de inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de animales.

El artículo 291 *ter*, por su parte, reza como sigue:

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.

#### a. Bien jurídico protegido por la prohibición del maltrato animal.

Se discute la naturaleza del bien jurídico protegido en el 291 *bis*, siendo las principales posturas:

##### i. *La moral pública y las buenas costumbres.*

Sus seguidores se basan en el presupuesto de que no sería posible reconocerle la condición de “sujeto pasivo” al animal no-humano<sup>312</sup>. Por esto, consideran que la protección penal a los animales se fundamenta en la prevención de futuras agresiones a los humanos<sup>313</sup>, y en la paz y estabilidad social.

Actualmente existen estudios científicos que avalan lo anterior, esto es, que existe una correlación entre la crueldad ejercida en contra de los animales no-humanos y la posterior violencia a los animales humanos<sup>314</sup>. Desde esta perspectiva, se entendería que la moral y las buenas costumbres obligarían a penalizar estas conductas en tanto el maltratador de animales podría

---

<sup>312</sup> Guzmán Dalbora, *El Delito de Maltrato de Animales*, p. 209.

<sup>313</sup> De las Heras, *El Bienestar Animal*, p. 197.

<sup>314</sup> *Ibidem*, p. 198.

convertirse en un maltratador de personas. En este sentido, se protege al animal en función de “intereses sociales, de modo tal que es la comunidad en su conjunto el titular del bien jurídico protegido, mientras que el animal sería únicamente el objeto material del delito”<sup>315</sup>.

El bien jurídico de carácter supra-individual, perteneciente a la sociedad toda, protege a la sociedad misma en cuanto esta se vería ofendida o violentada al percibir el ánimo de crueldad inserto en la conducta penal<sup>316</sup>. Acorde a esta doctrina, el tipo penal solo se podría configurar si el hecho se comete en público, afectándose efectivamente a la moral y a las buenas costumbres de la sociedad<sup>317</sup>. Así, por ejemplo, el Código alemán de 1871 contemplaba como falta el tormento o maltrato a los animales cuando la ejecución del hecho fuese pública o producto de un escándalo<sup>318</sup>. Lo que se tutelaba en definitiva no era la integridad física y/o psíquica del animal, sino la sensibilidad humana. El tipo solo se completaba cuando el hecho o sus consecuencias eran percibidos por algún humano, de manera que el maltrato en privado estaba permitido<sup>319</sup>.

Si bien en su momento pudo aceptarse que la intención del legislador era la prevención delictual<sup>320</sup>, con la promulgación de la Ley N° 20.380 esta intención se diluye, como lo demuestra el Boletín N° 1721-12, donde se establece que:

No se trata solo de que la sociedad o los humanos seamos compasivos con los animales porque la crueldad con ellos acaba generando crueldad con los humanos. Quizás sea cierto que la compasión por los humanos y por otros animales vayan unidas frecuentemente; pero, de cualquier manera, decir o pensar que esta es la única razón por la que debemos ser compasivos con los animales porque tienen necesidades fisiológicas, etológicas y de adaptación al medio ambiente y porque es injustificable excluirlas de la esfera de preocupación moral, hace que esta consideración dependa exclusivamente de las consecuencias beneficiosas que puedan resultar para los humanos, es aceptar

---

<sup>315</sup> *Ibidem*.

<sup>316</sup> Von Muhlenbrock, *El Rodeo en Chile*, p. 32.

<sup>317</sup> Hava, *La Protección del Bienestar Animal*, p. 285.

<sup>318</sup> En su §360, n° 13 que: “el que de manera pública o produciendo escándalo, atormenta o maltrata brutalmente a los animales” – Guzmán Dalbora, *El Delito de Maltrato de Animales*, p. 213.

<sup>319</sup> *Ibidem*, p. 213. En lo relativo al maltrato animal en Chile, la publicidad nunca se ha exigido como un requisito para su configuración, ni aun cuando el precepto se establecía como una falta en el antiguo artículo 293 número 32.

<sup>320</sup> El Informe Técnico de la moción de la Ley 18.859 establecía que “la protección a los animales debe estimarse un deber moral del hombre, pues contribuye a fortalecer el noble y elevado sentimiento humano del respecto a los seres más débiles. [...] El centro de la protección debe radicarse en esta “creatura” que sufre los maltratos. El bien jurídico protegido no es el dominio sobre una cosa, cuyo titular es el propietario. Muy por el contrario, es la sociedad la titular de este bien jurídico, que extraña la idea de evitar el sufrimiento a todo ser viviente, aunque sea irracional. [...] Avalan, además, esta moción sólidos criterios de política criminal. Los actos de crueldad con los animales, en efecto, endurecen al hombre, lo predisponen a la violencia y pueden ser el origen de tendencias antisociales y delictuales”. - Historia de la Ley N° 18.859.

implícitamente que los intereses de los animales no son en sí mismos suficientes para que los tengamos en cuenta...<sup>321</sup>

Ahora bien, no pareciera correcto basarse exclusivamente en las opiniones vertidas por el legislador en la etapa de discusión para determinar el bien jurídico protegido, ya que estas llegan eventualmente a ser contradictorias (como se vio en la discusión entre los senadores Horvath y Giraldi). Además, si entendemos que el bien jurídico es finalmente un concepto indisponible por el legislador, conceptualizándolo como aquellas propiedades de personas, cosas e instituciones elementales para el libre desenvolvimiento del individuo en sociedad<sup>322</sup>, estas opiniones no parecen ser determinantes, aunque sí permiten esclarecer la opinión e intención imperante en un determinado momento en el debate legislativo.

Por otra parte, entender a la moral y las buenas costumbres como el bien jurídico protegido implicaría caer en un Derecho penal de autor en cuya virtud, sería objeto de reproche punitivo el maltratador, y no el hecho del maltrato<sup>323</sup>. Son además criticables los contornos de esta teoría, al ser vagos e indefinidos, lo que torna imprecisa la reprobación objetiva de los actos de maltrato<sup>324</sup>.

Es difícil sustentar una ley en la moral o las buenas costumbres, porque son conceptos cuyo contenido cambia constantemente dependiendo de la época en que el hecho ocurra, y tampoco parece correcto afirmar que el Derecho penal puede actuar netamente como agente moralizante de la sociedad. Volviendo a lo estudiado en el capítulo II, “[q]ue la imposición de la pena pueda reforzar inhibiciones morales de ciudadanos que muestran fidelidad al derecho, sólo puede derivarse de su rol de expresión de juicios reprobatorios acerca de determinadas conductas”<sup>325</sup>.

ii. *El patrimonio de las personas.*

Los seguidores de esta postura demandan una tutela indirecta al animal no-humano desde una teoría económica. “[A]s far as the law is concerned [...] animals are nothing more than

---

<sup>321</sup> Boletín N° 1721-12.

<sup>322</sup> Kindhäuser, *La Lógica de la Construcción del Delito*.

<sup>323</sup> Hava, *La Protección del Bienestar Animal*, p. 285.

<sup>324</sup> Guzmán Dalbora, *El Delito de Maltrato de Animales*, p. 213. Entre los autores chilenos que siguen esta teoría, se puede mencionar a Eduardo Novoa Montreal, Gustavo Labatut, María Lagos Ochoa y Claudia Villacura González entre otros.

<sup>325</sup> Mañalich, *La Pena Como Retribución*, p. 143.

*commodities*”<sup>326</sup>, esto es, para todos los efectos legales, los animales no son nada más que cosas<sup>327</sup>. De manera que la lesión del hecho delictivo se mide en relación con la utilidad que el animal le proporciona a su dueño y la pérdida que el dueño ha sufrido producto del hecho ilícito<sup>328</sup>. Así, por ejemplo, el Código Penal italiano en su artículo 638 penaliza dentro de su título dedicado a los “delitos contra el patrimonio” a quien, sin necesidad, mate, deje inservible o dañe de cualquier modo a aquellos animales que le pertenecen a otro<sup>329</sup>.

El delito de maltrato animal comprendido en el Código Penal chileno se configura con independencia de que el animal se encuentre dentro del patrimonio de la persona humana o no. Es más, se configura aunque el mismo dueño del animal sea quien lo maltrate, estando este además en una posición de garante en favor de animal, como consagra expresamente el artículo 3º, inciso primero de la Ley N° 20.380 sobre Protección de Animales:

Toda persona que, a cualquier título, tenga un animal, debe cuidarlo y proporcionarle alimento y albergue adecuados, de acuerdo, al menos, a las necesidades mínimas de cada especie y categoría y a los antecedentes aportados por la ciencia y experiencia.

Por todo esto, es fácil descartar que se proteja al patrimonio humano en el delito de maltrato animal.

*iii. Los sentimientos y salud psíquica del individuo humano.*

Esta otra variante antropocéntrica se enfoca en el entendido que el Estado tiene la obligación de tutelar a los animales porque “muchas personas sufren en su salud al saber que se maltrata a estas criaturas”<sup>330</sup>. Perspectiva similar a la de la moral y las buenas costumbres (pudiendo algunos considerarlas una misma) el enfoque cambia, ya no se trata de una tutela a los sentimientos de la comunidad, sino, ahora nos encontramos frente a un individuo en particular, y el resguardo a su salud mental y sentimientos.

---

<sup>326</sup> “En lo que a la ley concierne, los animales no son nada más que comodidades” – Francione, *Reflections on Animals*, p. 9.

<sup>327</sup> Chiesa, Luis. “Why is it a Crime to Stomp on a Goldfish? - Harm, Victimhood and the Structure of Anti-Cruelty Offenses.” *Mississippi Law Journal* 78, N° 1 (2008), p. 24.

<sup>328</sup> Hava, *La Protección del Bienestar Animal*, p. 286

<sup>329</sup> *Ibidem*, p. 286. No es la única manifestación de maltrato animal dentro de ese Código.

<sup>330</sup> *Ibidem*, p. 287.

Siguiendo esta corriente, el tipo solamente se configuraría al perturbarse a la persona humana, y su gravedad se determinaría acorde a la afectación que se produjo en sus sentimientos o salud (psíquica). El Appellate Division de la Corte Suprema de Nueva York determinó en el caso *People v. García* que:

By concluding that a finding of aggravated cruelty depends on whether the actor intended to make the owner of the animal suffer, the court suggests the purpose of anti-cruelty statutes is to deter people from engaging in acts that cause emotional harm to human beings and not protecting animals from unjustifiable inflictions of pain. Thus, according to Garcia, the real victims in these cases are not the animals who are being mistreated, but the humans who suffer when living creatures are harmed<sup>331</sup>.

En el caso chileno, esta teoría no tiene cabida en cuanto no se exige para la configuración del tipo que la conducta haya sido presenciada por una persona humana (publicidad), ni que esta se viera afectada.

iv. *El ambiente (o entorno).*

Se asocia al maltrato animal con el ambiente ya que se entiende que los animales forman parte del entorno<sup>332</sup>. De esta manera, el medio ambiente sería un bien jurídico colectivo, “vinculado con las necesidades de todos y cada uno de los miembros de la sociedad”<sup>333</sup>.

En el Código Penal español se penaliza el maltrato hacia los animales domésticos en su capítulo IV, denominado “De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos”. Producto de esta ubicación sistémica, parte de la doctrina española ha estimado que el bien jurídico protegido es el medio ambiente<sup>334</sup>. Postura que se ha criticado porque, en primer lugar, parece forzado considerar que el maltrato a los animales domésticos perjudique a las condiciones del entorno, salvo que se les atribuya a estos una función ecológica<sup>335</sup>; además, “los

---

<sup>331</sup> “Al concluir que la crueldad agravada depende de si el actor tenía la intención de hacer sufrir al dueño del animal, la corte sugiere que el propósito de los estatutos en contra de la crueldad es disuadir a las personas de participar en actos que causen daño emocional a los humanos, y no el proteger a los animales de imposiciones injustificables de dolor. Así, acorde a Gracia, las reales víctimas del caso no son los animales que están siendo maltratados, sino los humanos en tanto sufren cuando las criaturas vivientes son dañadas.” – Chiesa, *Anti-Cruelty Offenses*, p. 6.

<sup>332</sup> Guzmán Dalbora, *El Delito de Maltrato de Animales*, p. 226.

<sup>333</sup> De las Heras, *El Bienestar Animal*, p. 193.

<sup>334</sup> Hava, *La Protección del Bienestar Animal*, p. 277.

<sup>335</sup> Guzmán Dalbora, *El Delito de Maltrato de Animales*, pp. 227 – 228.

intereses medioambientales caminan a veces en sentido contrario al bienestar y la vida de ciertos animales”<sup>336</sup>.

Analizando el caso chileno, los artículos 291 *bis* y 291 *ter* se encuentran dentro del título VI, parágrafo 9 sobre “Delitos relativos a la salud animal y vegetal” del Código Penal. En este mismo parágrafo se encuentra el artículo 291<sup>337</sup>, el cual penaliza poner en peligro la salud de los animales por medio de la contaminación<sup>338</sup>. Por esta razón, sistémicamente algunos podrían estimar que el bien protegido en los artículos 291 *bis* y 291 *ter* es el ambiente. Sin embargo, esto es difícil de sostener ya que, tras un análisis del artículo 291 del Código Penal, Matus sostiene que los bienes jurídicos protegidos por esta disposición son “directamente, la salud animal o vegetal; e indirectamente, el abastecimiento de la población, derivado de la afectación de los primeros”<sup>339</sup>, y no así el medio ambiente<sup>340</sup>.

Además, no existe ningún otro antecedente que nos permita llegar a la conclusión que el bien jurídico protegido en el maltrato animal es el ambiente. Así, Zaffaroni manifiesta que “no resulta fácil considerar a la fauna urbana –especialmente de compañía– como parte del medio ambiente. Podría tener una variable, que sería la imagen del humano como administrador del medio ambiente, lesionada por conductas crueles para las que no estaría habilitado”<sup>341</sup>. Sin embargo, “[...] el inconveniente de colocar como bien jurídico la imagen del humano, [es] que puede llevar a otros terrenos resbaladizos y peligrosos: la lesionaría también el vicioso, el vagabundo, el perezoso, el asocial, etc.”<sup>342</sup>.

v. *El bienestar y salud animal.*

Siguiendo todo lo estudiado previamente en esta memoria, no tenemos otra opción que considerar que el bien jurídico protegido por el artículo 291 *bis* es precisamente el bienestar y la salud animal. Vimos en el capítulo I que el animal no-humano debe ser considerado moralmente,

---

<sup>336</sup> Hava, *La Protección del Bienestar Animal*, p. 278.

<sup>337</sup> “Artículo 291.- Los que propagaren indebidamente organismos, productos, elementos o agentes químicos, virales, bacteriológicos, radiactivos, o de cualquier otro orden que por su naturaleza sean susceptibles de poner en peligro la salud animal o vegetal, o el abastecimiento de la población, serán penados con presidio menor en su grado máximo.”

<sup>338</sup> “[E]sto es, una conducta consistente en propagar en el ambiente sustancias que, por su naturaleza, sean susceptibles de poner en peligro la salud animal o vegetal o el abastecimiento de la población, siempre que ello se haga indebidamente...” – Matus, *Sobre el Sentido y Alcance del Artículo 291*, p. 138.

<sup>339</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>340</sup> De las Heras, *El Bienestar Animal*, p. 195.

<sup>341</sup> Zaffaroni, *La Pachamama y el Humano*, p. 18.

<sup>342</sup> *Ibidem*.

y que esta consideración se traduce en un deber de los humanos de tutelar jurídicamente a los no-humanos. También vimos que para mantener una convivencia social pacífica es menester proteger jurídicamente a los no-humanos, esta necesidad de protección se traduce en un deber de tutela por parte del Derecho, deber que se materializa en los artículos 291 *bis* y *ter* del Código Penal.

Desde una perspectiva histórica, tiene sentido afirmar que los animales no-humanos son titulares de bienes jurídicos penales, ya que como sociedad occidental hemos alcanzado esta etapa de desarrollo. Los países modernos, a los cuales Chile mira como referente, han incorporado la protección del animal como ser sintiente a sus ordenamientos jurídicos, así, no es casualidad el gran número de normas de protección animal que se están promulgando actualmente<sup>343</sup>. Nos encontramos en un momento en el cual nuestra sociedad, nuestra moral, y nuestra ciencia evidencia que la tutela jurídica animal, y en particular, su protección jurídico-penal es un deber innegable.

Por último, la redacción del articulado es concluyente, y tras ser analizada, zanja toda duda acerca del bien jurídico protegido. Al no exigir publicidad para la configuración del delito, ni la afectación de la salud psíquica del ser humano, ni de su patrimonio, ni afectar el medio ambiente; y considerando que, si exige provocar un “daño, dolor o sufrimiento al animal”, no queda otra opción que aceptar que el bien jurídico protegido por el delito de maltrato animal es el bienestar y la salud animal.

b. Sujeto activo:

Es aquel sujeto que realiza la acción típica o conducta, “el que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales”. No se requiere de alguna condición especial ni una relación determinada con el animal sujeto del maltrato, esto con respecto a la modalidad comisiva del delito, tratándose entonces de un delito común. Por otro lado, en cuanto a la modalidad omisiva del delito, el sujeto activo requerirá ostentar la condición o posición de garante, tornándose en este caso en un delito de carácter especial propio<sup>344</sup>. Respecto a la autoría y participación, no se establece un régimen

---

<sup>343</sup> Por ejemplo, recientemente se prohibió la caza deportiva en Costa Rica, en Suiza se prohibió cocinar langostas vivas en agua hirviendo, y en California se prohibió la experimentación animal cosmética y la venta de mascotas de criadero.

<sup>344</sup> “[P]or cuanto quien omite los deberes de cuidado respecto del animal ha de ser quien se encuentra compelido a ello por haber asumido una posición de tutor, tenedor o propietario, y con ello las obligaciones inherentes a dicha posición”. – Leiva, *El Delito de Maltrato Animal*, p. 417.

especial para este delito, por lo que aplican las reglas generales de los artículos 14, 15, 16 y 17 del Código Penal.

c. Sujeto pasivo:

Es el ofendido por el delito, quien soporta sus consecuencias, el titular del bien jurídico protegido de bienestar y salud animal<sup>345</sup>, esto es, el animal no-humano sujeto del maltrato o crueldad. Tradicionalmente, se ha considerado difícil reconocerles dicha condición a los animales, ya que aún detentan el estatus jurídico de “cosa”. Así, por ejemplo, en el delito de abigeato el patrimonio del titular o dueño del animal es el bien jurídico protegido, siendo el animal, y más precisamente su cuerpo solo el objeto material del delito.

Sin embargo, en el caso del delito de maltrato animal, nos encontramos frente a una figura en que carece de importancia si el animal es parte o no al patrimonio de una persona humana (es más, como vimos, se le impone un deber de cuidado adicional al dueño del animal). Por esto, sería errado sostener que el sujeto pasivo del delito de maltrato animal es el dueño. También sería incorrecto considerar que el sujeto pasivo es la persona humana que se ve ofendida por la agresión, ya que es irrelevante para la configuración del tipo si la acción u omisión dolosa se realiza en público.

La nueva formulación utilizada en los artículos 291 *bis* y 291 *ter* del Código Penal (tras la promulgación de la Ley N° 21.020) cambia la consideración del sujeto pasivo de “animales” a “animal” individualmente considerado. Este cambio gramatical genera sustanciales consecuencias para efectos de la individualización y cuantificación de las instancias de realización del tipo. Vemos que ya no da lo mismo la cantidad de animales afectados, lo correcto ahora será reconocer tantas instancias de realización del tipo como sean los animales individualmente afectados, configurándose de esta manera concurso medial o real según corresponda (de la misma manera que ocurriría tratándose de otros delitos en que se afectan bienes jurídicos personalísimos)<sup>346</sup>.

d. Conducta punible:

---

<sup>345</sup> Von Muhlenbrock, *El Rodeo en Chile*, p. 34.

<sup>346</sup> Mañalich, *Animalidad y Subjetividad*, p. 324.

La conducta punible es la realización de actos de maltrato (verbo rector: maltratar)<sup>347</sup> o crueldad<sup>348</sup>, cualesquiera sean estos, con los animales no-humanos. Nuestra legislación, hasta la promulgación de la Ley 21.020 no definía que se entendía por maltrato. Se remitía, producto de este vacío al concepto de crueldad entendida gramaticalmente como “inhumanidad, fiereza de ánimo, impiedad”<sup>349</sup>. Sin embargo, tras la promulgación de la Ley N° 21.020 se incorpora el nuevo artículo 291 *ter* al Código Penal que define expresamente lo que se entiende por acto de maltrato o crueldad como “toda acción u omisión, ocasional o reiterada, que injustificadamente causare daño, dolor o sufrimiento al animal.” Ligando así a la conducta directamente con el resultado del tipo. Lamentablemente, no se explica qué es lo que se entiende por “injustificadamente”, lo que deberá ser apreciado en concreto por los jueces competentes<sup>350</sup>.

En lo relativo a la modalidad omisiva del injusto, tras la promulgación de la Ley N° 21.020 se explicita su formulación en los incisos 2° y 3° del artículo 291 *bis* y en el artículo 291 *ter*. En esta modalidad nos encontramos frente a un delito especial propio, lo que significa que el respectivo resultado solo se encuentra sometido a requerimiento para quien ocupe la posición de garante respecto del bien jurídico menoscabado<sup>351</sup>.

El artículo 3° de la Ley 20.380 sobre Protección de Animales consagra expresamente la posición de garante respecto de toda persona que tenga materialmente al animal, “esto es, la mera tenencia sin consideración del título que se detenta ni el tiempo durante el cual se tiene al animal”<sup>352</sup>.

---

<sup>347</sup> La RAE define maltratar como: “1. tr. Tratar con crueldad, dureza y desconsideración a una persona o a un animal, o no darle los cuidados que necesita. 2. tr. Tratar algo de forma brusca, descuidada o desconsiderada.” –Consultado el 1 de enero de 2019. <https://dle.rae.es/?id=O4sdJrw>. Por su parte, Guzmán Dalbora define maltratar como aquel acto en que la gente causa dolor o sufrimiento al animal menoscabando efectivamente su salud o bienestar físico o psíquico, pero versando en una situación en que el agente sobrepasa lo que requiere la necesidad. – Guzmán Dalbora, “Primer Congreso sobre Derecho Animal PUCV.”

<sup>348</sup> La RAE define crueldad como: “1. f. Inhumanidad, fiereza de ánimo, impiedad. 2. f. Acción cruel e inhumana.” – Consultado el 1 de enero de 2019. <https://dle.rae.es/?id=BNZK1uK>. Guzmán Dalbora define a la crueldad como aquel acto objetivamente insufrible que otorga al animal un padecimiento intenso o agudo o que afecta sensiblemente su bienestar físico o psíquico y sobre todo un acto que se coloca más allá de toda justificación o necesidad. – Guzmán Dalbora, “Primer Congreso sobre Derecho Animal PUCV.”

<sup>349</sup> Guzmán Dalbora, *El Delito de Maltrato de Animales*, pp. 233 – 234.

<sup>350</sup> Von Muhlenbrock, *El Rodeo en Chile*, p. 37.

<sup>351</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>352</sup> *Ibidem*, p. 40.

Artículo 3°.- Toda persona que, a cualquier título, tenga un animal, debe cuidarlo y proporcionarle alimento y albergue adecuados, de acuerdo, al menos, a las necesidades mínimas de cada especie y categoría y a los antecedentes aportados por la ciencia y la experiencia.

Previo a la reforma introducida por la Ley N° 21.020, se discutía si las conductas omisivas se incluían dentro del tipo penal. Guzmán Dalbora sostenía al respecto que el ilícito encajaba muy bien en la figura de comisión por omisión<sup>353</sup>, entendiendo que lo esencial era que el agente se debía encontrar en una posición de garante respecto del animal. Así, el 20 de marzo del año 2013 se condena a Joaquín Maluenda Quezada, propietario del circo “Los Tachuelas” a 100 días de presidio menor en su grado mínimo y a pagar una multa de 10 UTM por la omisión de sus obligaciones de garante respecto a la elefanta Ramba<sup>354</sup>. Actualmente, el articulado se refiere expresamente a la modalidad omisiva del delito, zanjando toda duda al respecto. Además, el artículo 12 de la Ley 21.020 hace subsumibles dentro del tipo al abandono de animales, prescribiendo que: “será considerado maltrato y crueldad animal y será sancionado de acuerdo a lo establecido en el artículo 291 bis del Código Penal”<sup>355</sup>.

e. Objeto material:

Existe una suerte de confusión entre el sujeto pasivo del delito y el objeto material de este. Para solucionar este problema, podemos remitirnos a la solución que se le aplica al delito de homicidio, en cuyo caso el sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico vida, mientras que el objeto material del delito es el objeto sobre el que recae la acción delictiva, en este caso, el cuerpo humano vivo. Podemos homologar esta situación al delito de maltrato animal, estableciendo que el sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico bienestar y salud animal, en tanto el objeto material del delito es el objeto sobre el que recae la acción delictiva, esto es, el cuerpo del animal vivo. La doctrina tradicional suele delimitar el objeto material a los animales vertebrados, que son aquellos que poseen un sistema nervioso central y, por lo tanto, sobre los cuales existe certeza que experimentan dolor de una manera semejante a la manera en que experimenta dolor el ser humano al ser perturbado<sup>356</sup>.

---

<sup>353</sup> *Ibidem*, p. 238.

<sup>354</sup> Tribunal de Garantía de San Bernardo, en causa RUC N° 1100479858, RIT N° 8023-2011.

<sup>355</sup> Mañalich, “Primer Congreso sobre Derecho Animal PUCV.”

<sup>356</sup> Como vimos, el *Animal Welfare Act 2006* define como animal a aquellos vertebrados que no sean humanos. También en el § 17 de *Tierschutzgesetz* solo se establece la ilicitud del maltrato animal respecto de los vertebrados.

f. Resultado:

El maltrato animal es un delito de resultado, el padecimiento de un “daño, dolor o sufrimiento” por parte del animal, no siendo imprescindible que sea producto de una actuación repetida en el tiempo. Se establecen en el Código tres hipótesis:

- i. El inciso primero del artículo 291 *bis* contempla la hipótesis de cometerse actos de “maltrato o crueldad con animales”, entendiéndose por tal una afectación cruel, pero que no deje un daño permanente en la corporalidad del animal. Esta sería la estructura básica del delito, la que actúa supletoriamente frente a cualquier acto u omisión que no se encuentre especificado dentro del ordenamiento jurídico.
- ii. El inciso segundo del artículo 291 *bis* contempla la primera variante calificada del delito en el supuesto de causarse “daño” a un animal como resultado de una “acción u omisión”. Llama la atención que la voz daño sea utilizada tanto para designar el resultado de esta hipótesis calificada, como también para definir qué es lo que se entiende por acto de maltrato o crueldad en el artículo 291 *ter*, esto es, el resultado básico del delito. Es difícil entender el propósito legislativo de utilizar la misma palabra en estos dos casos, ya que no queda claro finalmente cuáles acciones u omisiones se encuadran dentro de una u otra hipótesis.
- iii. Finalmente, el inciso tercero del artículo 291 *bis* prevé la segunda variante calificada del delito de maltrato en el supuesto de causarse “lesiones que menoscaben gravemente la integridad física o provocaren la muerte del animal”, entendiéndose por tal una afectación de mayor entidad a la comprendida en el calificante anterior, por ejemplo, que en vez de causársele una herida, se le cortare una pierna, o se le provocare la muerte.

La gravedad concreta deberá establecerse caso a caso por el juez, teniendo en consideración el grado de desarrollo del animal, su edad, estado de salud y su capacidad para sentir dolor.

g. Penalidad:

La penalidad del maltrato animal en su variante básica contempla una pena privativa de libertad que consta en dos grados de una pena divisible, de presidio menor en sus grados mínimo a medio, y multa de dos a treinta unidades tributarias mensuales, o solo esta última. En su primera

configuración agravada contenida en el inciso segundo del artículo 291 *bis* del Código, se mantiene el rango de la pena privativa de libertad, pero aumenta la multa, esta vez de diez a treinta unidades tributarias mensuales, y además se agrega la pena accesoria de inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de cualquier tipo de animales. En su segunda variante agravada contemplada en el inciso tercero del artículo 291 *bis*, la pena privativa de libertad se restringe a presidio menor en su grado medio, y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, además de la accesoria de inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de cualquier tipo de animales.

h. Antijuridicidad:

El alcance del requisito del vocablo “injustificado” en el delito de maltrato animal es difícil de comprender, ya que no existe precisión ni consenso en su respecto, valoración que finalmente queda entregada a la discrecionalidad del juez. Esta cuestión es problemática ya que abre el abanico de conductas de maltrato o crueldad que se considerarían “autorizadas” por nuestro ordenamiento jurídico. Wilenmann se pronuncia al respecto:

[E]l derecho tiende a distinguir entre causaciones lícitas e ilícitas de muerte o de sufrimiento animal, al establecer que ciertas clases de conductas cuya descripción se ve satisfecha por algunas formas de dar muerte a un animal o de causarle sufrimiento son punibles (= deben ser sancionadas con pena) o que a su respecto tiene lugar otra sanción (multas administrativas, indemnizaciones civiles, etc.). El derecho distingue así entre acciones de causación de muerte o sufrimiento de animales que son lícitas (y que en general coinciden con prácticas aceptadas socialmente) y otras acciones del mismo tipo que califica como ilícitas y a cuyo respecto manda a aplicar sanciones. En un mundo, como el nuestro, en el que el contenido del derecho es dejado a disposición de la acción política, el contenido de la línea que traza la distinción entre muertes y lesiones lícitas e ilícitas de animales sigue así decisiones políticas. [...]. Las causas de justificación establecen excepciones a la ilicitud de una acción ‘típica’, esto es, determinan que, pese a que una conducta satisfaga un tipo, ella debe ser considerada lícita. Ejemplo: quien mata a otro en legítima defensa (artículo 10 número 4 CP) ciertamente ‘mata a otro’ y, en ese sentido, satisface la descripción del artículo 391 CP, pero la acción, pese a ello, es lícita por ejecutarse en legítima defensa<sup>357</sup>

En efecto,

[L]a declaración de ilicitud de toda acción de daño a animales ‘injustificada’ pone todo el peso en el concepto de ‘justificabilidad’ para dar cuenta de la licitud de una enorme cantidad de interacciones con animales de distinta naturaleza: muerte, crianza y conservación de animales en la industria agroalimentaria, espectáculos deportivos, uso masivo de pesticidas contra insectos, eliminación de insectos dentro de una casa, desratización, etc., son toda clase de acciones que

---

<sup>357</sup> Wilenmann, Javier. “Causación lícita de lesiones o de muerte de animales en el sistema jurídico chileno tras la Ley N° 21.020.” En *Derecho Animal*, pp. 427 – 430.

satisfacen los presupuestos ‘duros’ de la técnica legislativa empleada por la Ley N°21.020 –se trata de acciones que causan daño, dolor o sufrimiento, incluyendo en algunos casos la muerte, a animales– y a cuyo respecto es necesario realizar distinciones interpretativas, concentradas aunque no exclusivamente en la cláusula de justificabilidad, para determinar cuáles son lícitas y cuáles son ilícitas<sup>358</sup>.

Entre las situaciones de difícil esclarecimiento que se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico, es de principal importancia para este estudio el artículo 10 n°10 del Código Penal, el cual se refiere a aquel “que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”. Al respecto, el Código Civil contempla distintas situaciones en que se considera “justificado” el maltrato, como el artículo 607, el que dicta que “[l]a caza y pesca son especies de ocupación por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos”. Otro ejemplo en que se expone al animal a tormentos aceptados por la legislación sería el maltrato en la industria agroalimentaria, en que entremezclarían las obligaciones de cuidar su bienestar, con los derechos de sus propietarios a explotarlos para fines económicos<sup>359</sup>. Otro caso de maltrato justificado por la legislación se encuentra en el Código Sanitario, que en su artículo 31 establece que “[e]n caso de peligro de epidemia o cuando ésta se hubiere declarado en cualquier lugar del territorio, el Servicio Nacional de Salud podrá disponer o tomar a su cargo el sacrificio de los animales o la eliminación de los insectos propagadores de la enfermedad...”, encontramos acá una disposición que pasa por encima del concepto de propiedad, ya que aún si el dueño del animal quisiera salvarlo, no podrá si la autoridad considera que existe un riesgo alto de contagio.

Además, hay otros casos en que el maltrato animal se encuentra tolerado, como por ejemplo, en la experimentación cosmética en animales. A pesar de poder considerarse injustificado el dolor que sufre el animal (ya que existen mecanismos alternativos para cerciorarse de la seguridad de los productos cosméticos, algunos hasta más efectivos que el testeo animal<sup>360</sup>) de todas formas se puede alegar que tal comportamiento se encuentra amparado por la causal de justificación del artículo 10 n° 10 del Código Penal. Ya que opera el criterio de especialidad, y ni el Código Sanitario, ni el Reglamento del Sistema Nacional de Contratos de Cosméticos se manifiestan al respecto, esto es, no se prohíbe ni se exige la experimentación cosmética animal, al

---

<sup>358</sup> *Ibidem*, p. 441.

<sup>359</sup> Guzmán Dalbora, *El Delito de Maltrato de Animales*, p. 244.

<sup>360</sup> Cruelty Free International. “Alternatives to Animal Testing.” Consultado el 1 de enero de 2019. <https://www.crueltyfreeinternational.org/why-we-do-it/alternatives-animal-testing>

no estar prohibida, legalmente se puede ejercer, y así se encuentra amparada por el artículo 10 n° 10 del Código Penal<sup>361</sup>.

Por todo esto, es fundamental esclarecer la cláusula de justificación que matiza al delito. Wilenmann realiza un análisis respecto del contenido del concepto “justificado”, estableciendo un sistema de tres niveles en el control de la “justificabilidad”. Estos tres niveles son:

- (i) aplicabilidad de una causa de justificación especialmente referida al trato con animales;
- (ii) aplicabilidad de una causa de justificación general, y;
- (iii) juicio general de ‘justificabilidad’<sup>362</sup>.

El problema dogmático central presente el artículo 291 *bis* es relativo a este tercer nivel.

[A] saber, en la determinación de muertes y causaciones de sufrimiento justificadas sin referencias (incluso por analogía) a otras normas jurídicas. La inclusión de la cláusula de justificabilidad (o similares) es en sí una decisión de constitución de un sistema de determinación de licitud en algún sentido accesorio a la práctica social y no, en cambio, estrictamente accesorio a la regulación administrativa y legal sectorial del trato con los animales. Esto es: su inclusión presupone que exclusiones de ilicitud sin aplicación de permisos especiales o de causas de justificación generales puedan tener lugar<sup>363</sup>.

Por todo esto, Wilenmann establece que se requiere especificar exhaustivamente las causas de justificación que vienen en consideración al ámbito de interacción con los animales (esto es, el segundo nivel) y, por sobre todo, discutir las condiciones abstractas de “justificación” no determinadas directamente por otras reglas y los distintos casos en que esta puede ser conflictiva<sup>364</sup>.

#### i. Culpabilidad:

Sobre los problemas de culpabilidad que afectan al tipo penal, y las formas especiales del delito, se debe examinar si existe la posibilidad de reprochar subjetivamente la conducta del autor,

---

<sup>361</sup> En esto radica la importancia de aprobarse los Proyectos de Ley impulsados por No + Vivisección y Te Protejo que pretenden prohibir la experimentación cosmética animal modificando el Código Sanitario.

<sup>362</sup> Wilenmann, *Causación Lícita de Lesiones o de Muerte de Animales*, p. 446.

<sup>363</sup> *Ibidem*, pp. 447 – 448.

<sup>364</sup> *Ibidem*, pp. 450 – 451.

teniendo en consideración que el lado subjetivo del tipo exige dolo. Al respecto, es importante notar la falta de una previsión culposa del delito<sup>365</sup>.

j. Otras cuestiones de relevancia practica:

El delito en comento es de acción penal pública, lo que significa que cualquier persona puede denunciarlo ante el Ministerio Público, Carabineros o Policía de Investigaciones, o ante cualquier tribunal con competencia criminal. En particular, resulta recomendable efectuar la denuncia ante la Brigada Investigadora de Delitos contra el Medio Ambiente y Patrimonio Cultural (BIDEMA) perteneciente a la Policía de Investigaciones “por contar con especialistas y técnicas de investigación criminalística en la materia, lo que reviste especial importancia en la apreciación que sus funcionarios puedan realizar ante una eventual situación de flagrancia”<sup>366</sup>.

En el mismo momento de la flagrancia es importante argumentar la necesidad de retirar al animal víctima del delito para evitar que se siga menoscabo su bienestar y salud. Esto a pesar de que el artículo 12 de la Ley N° 20.380 señala que es “el juez competente para conocer del delito [quien] estará facultado para [ordenarlo]”. Esto ya que en la práctica

[E]s posible solicitar la medida en el momento mismo de detención por flagrancia, y aún en casos en los cuales no se efectúe la detención [...] se solicita al funcionario ante quien se está denunciando, que se contacte con el fiscal de turno o el que estará a cargo de la investigación, para dar cuenta de la situación en la que se encuentra el animal y luego el fiscal autorice el retiro del animal, todo lo cual deberá ser debidamente informado al juez competente en la audiencia de formalización con el objeto de que se pronuncie respecto de la medida<sup>367</sup>.

Con la promulgación de la Ley 21.020, se robustece la legitimación activa de las organizaciones promotoras de la tenencia responsable de mascotas o animales de compañía para querrellarse.

Respecto al principio de oportunidad (artículo 170 del Código Procesal Penal), con anterioridad a la reforma introducida por la Ley N° 20.380, la pena prevista para el delito era presidio menor en su grado mínimo y multa de 1 a 10 ingresos mínimos mensuales, o solo esta última. Debido a su baja penalidad, el Ministerio Público optaba por no iniciar la investigación del

---

<sup>365</sup> Ya que el artículo 492 del Código Penal exige ser aplicado solo respecto a delitos contra las personas.

<sup>366</sup> Von Muhlenbrock, *El Rodeo en Chile*, p. 56.

<sup>367</sup> *Ibidem*.

hecho<sup>368</sup>. Tras la promulgación de la Ley N° 20.380 aumenta la penalidad del ilícito a presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de 2 a 30 UTM, o solo esta última. No obstante esta modificación, los fiscales siguieron aplicando el principio de oportunidad, pero ahora el juez podía de oficio o a petición de parte dejar sin efecto la decisión motivada por el fiscal cuando considerase que este se había excedido en sus atribuciones<sup>369</sup>. Tras la modificación suscitada por el la Ley N° 21.020, el inciso primero y segundo del 291 *bis* aún contemplan como pena el presidio menor en sus grados mínimo a medio, de manera que todavía se puede aplicar el principio de oportunidad. Sin embargo, el inciso tercero del artículo contempla una pena de presidio menor en su grado medio, por lo tanto, siempre que se verifiquen lesiones que menoscabaren gravemente la integridad física o provocaren la muerte del animal, el fiscal estará obligado a perseguir el delito e investigar.

### **3.3. Hacia una protección efectiva del animal no-humano.**

No es suficiente que se encuentre tipificado el delito de maltrato animal en el Código Penal, ya que, sin una efectiva política criminal que lo acompañe, este corre el peligro de quedar impune. Es necesario educar al Ministerio Público, a los jueces, a los funcionarios de la PDI y a Carabineros para que pueda efectivamente tutelarse el bienestar y la salud del animal no-humano, ya que la ignorancia que existe actualmente permite que se desestimen hechos constitutivos del delito.

Además, la figura del maltrato animal no pareciera cumplir actualmente el propósito que el nombre del tipo sugiere. Esto ya que, en la práctica, el artículo 291 *bis* aplica prácticamente solo para animales domésticos o de compañía, y esto en restringidos casos. Lo que ocurre es que opera el principio de especialidad, “es decir, cuando dos preceptos legales reglan un mismo hecho, pero uno de ellos lo hace en forma general, comprendiendo a varios hechos similares, mientras que el otro se dirige más precisamente a aquél, este último, que es especial prevalece sobre el general”<sup>370</sup>. Así, en muchos casos se desestiman las denuncias o querellas por maltrato animal, argumentándose que existen otras normas que regulan el caso más específicamente. Consecuentemente, en casos de negligencia médica veterinaria, usualmente, los jueces se remiten al SERNAC; en casos de maltrato o crueldad en la industria pecuaria se remiten a la Ley 19.162 de Carne o a los decretos

---

<sup>368</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>369</sup> *Ibidem*. – De esta manera se persiguieron la mayoría de los casos de maltrato animal en la época.

<sup>370</sup> Servicio de Impuestos Internos. “Artículo 97 N° 4 Inciso 1° y 2° del Código Tributario.” Consultado el 3 de diciembre de 2018.  
[http://www.sii.cl/normativa\\_legislacion/jurisprudencia\\_judicial/codigo\\_tributario/2014/jj3561.htm](http://www.sii.cl/normativa_legislacion/jurisprudencia_judicial/codigo_tributario/2014/jj3561.htm)

Nº 28, 29 y 30 del SAG; lo mismo ocurre con la Ley 19.473 de Caza y su reglamento; la Ley 20.962 sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestre; la Ley de 20.216 sobre Circos; los reglamentos del rodeo; y la regulación del uso y cuidado de Animales en investigación. Si la intención del tipo es proteger a los animales en general, y no solo a los animales de compañía, nos encontramos frente a una grave brecha en la tutela judicial. Pero esto no es todo, además el delito de maltrato animal ni siquiera abarca todos los casos de maltrato a los animales de compañía o mascotas, ya que la Ley Nº 21.020 limita su ámbito de aplicación al otorgar competencia al Juez de Policía Local.

Lamentablemente, el estallido de la conciencia social de nuestro país no ha ido acompañado por la eficacia de sus leyes. Por lo tanto, ¿qué hacer para mejorar la situación jurídica del animal no-humano en Chile? En primer lugar, ninguna mejora sustancial puede ocurrir de no cambiarse la consideración que estos detentan dentro del ordenamiento jurídico. De manera que se debe cambiar su estatus jurídico de “cosas” a “seres dotados de sensibilidad”, o cualquier otra categoría intermedia. Para esto, se deben apoyar iniciativas como el Proyecto de Ley que “Modifica el Código Civil en materia de régimen jurídico aplicable a los animales” (Boletín Nº 10830-07).

[E]l Derecho debe ir adecuándose a la evolución de las sociedades, sobre la base de que si no lo hace, dista de la realidad y deja de ser efectivo. Existe una interdependencia entre los fenómenos sociales y la producción de normas jurídicas portadoras de ideas innovadoras<sup>371</sup>.

En segundo lugar, es imperativo modificar el delito de maltrato animal, dotándolo de efectiva aplicabilidad. Para esto, se deben apoyar iniciativas como el Proyecto de Ley que “Modifica diversos cuerpos legales relativos a delitos que afectan a los animales para otorgarles una efectiva protección en materia penal” (Boletín Nº10895-07). Esto debido a que la técnica legislativa introducida en 1989 se encuentra completamente obsoleta, lo que se hace patente al constatar que, durante 27 años desde su entrada en vigencia (hasta la entrada en vigor de la Ley Nº 21.020), solo hubo una condena de presidio efectivo del delito de maltrato animal<sup>372</sup>, pese a los innumerables casos de maltrato y abuso que a diario se publican en la prensa y en redes sociales.

---

<sup>371</sup> Iniciativa de Boletín Nº 10830-07.

<sup>372</sup> *Ibidem*.

Entre las recomendaciones que se pueden entregar para legislar efectivamente a favor de los animales, se debería:

- Eliminar o precisar el vocablo “injustificado”, que se traduce finalmente en un maltrato animal permitido.
- Graduar el reconocimiento de derechos en función de las características, sensibilidades e intereses de cada especie. Para esto se debería realizar un estudio por parte de biólogos zoólogos que precise las necesidades de cada especie, para poder graduar los derechos que se le reconocen a cada uno. Evidentemente no es lo mismo la protección que se debe otorgar a un orangután o a un delfín que la que se debe otorgar a una tortuga, cada especie tiene necesidades e intereses únicos dependiendo de sus características. Sin embargo, el concepto “animal” no permite distinguir entre estos, existiendo un peligro latente de encontrarnos frente a razonamientos absurdos que obstaculicen la protección animal.
- Siguiendo lo anterior, el delito de maltrato animal no es suficiente por sí mismo para abarcar todos los intereses y derechos que deben ser tutelados. Por lo que sería mejor establecer distintos tipos acorde a los distintos resultados producidos, homologables a los comprendidos en el libro segundo, título octavo del Código Penal en relación a los “crímenes y simples delitos contra las personas”, también debiéndose graduar acorde a las circunstancias particulares de cada caso.
- Finalmente, se debería incorporar un delito de peligro a la salud y bienestar del animal, cuando por negligencia se pone en peligro su integridad física y psíquica (distinto del abandono), y aceptar hipótesis culposas del ilícito.

## CONCLUSIÓN

Podemos concluir la existencia de un deber moral de los animales humanos hacia los animales no-humanos, así como la existencia de un deber jurídico, el cual puede ser entendido como un correlato del deber moral o de forma autónoma a este. Para validar esta premisa, establecimos dos supuestos: (1) los animales deben ser considerados moralmente, y (2) los animales deben ser tutelados jurídico-penalmente.

Estudiamos primero los principales fundamentos para considerar moralmente al animal no-humano. Vimos que desde antaño se ha argumentado a favor de la necesidad de otorgarle una mayor consideración moral al animal, argumentos que se han sustentado principalmente en la capacidad de los animales de sentir placer y dolor al igual que los humanos. Al constatar que: no existe una gran diferencia entre los animales humanos y no-humanos; que todos vivimos en esta tierra y tenemos igual derecho a disfrutar de ella; y que no existen motivos éticos relevantes para diferenciar entre los intereses de los animales humanos y de los no-humanos; concluimos que tenemos un deber de ensanchar la comunidad ética, debiendo tratar a los animales como pacientes morales, esto es, como sujetos de derechos, pero no de deberes, validando de esta manera nuestro primer supuesto.

Luego, vimos que, siguiendo una ética racionalista, tenemos derechos subjetivos porque un sistema normativo los reconoce y protege, y estos se justifican en el derecho natural (o la moral). Ya que los animales no-humanos son dignos de consideración moral al igual que los humanos, debemos plasmar su protección dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Por otro lado, siguiendo una corriente iuspositivista, entendemos que un sujeto de derecho no es más que un ente portador de una licencia expositiva que pone a otros bajo el deber de comportarse de determinada manera, por esto, nada impide considerar al animal no-humano como sujeto de derecho.

Al estudiar por qué recurrimos al Derecho penal para tutelar al animal no-humano, establecimos que la pena es un dispositivo convencional para expresar actitudes de resentimiento e indignación, así como juicios de desaprobación y reprobación a nombre de la propia autoridad sancionatoria y de los animales víctima del delito. Se reprocha el abuso unilateral de la confianza recíproca entre los miembros de la comunidad, y a través de la irrogación de un mal se expresa el reproche penal. La punición retributiva constituye un caso de acción comunicativa ya que implica una actitud reactiva frente a un co-agente moral que se reconoce como destinatario del reproche.

Además, la función comunicativa de la sentencia penal permite imponer un juicio ético-social para el fomento del conocimiento y mejora propia del autor, y permite mitigar los sentimientos de indignación de las personas que han tenido noticia del delito, evitándose la autotutela. Por todo esto, el Derecho penal es una herramienta idónea para tutelar al animal no-humano.

Al analizar los bienes jurídicos protegidos, pudimos establecer también que nada impide considerar al animal no-humano como titular de bienes jurídicos penales. Considerando que los animales no-humanos interactúan dentro de la sociedad, y que la sociedad les reconoce su *sintiencia* y pide que esta sea reconocida por parte de la legislación, siendo esto esencial para una convivencia social no violenta, tiene sentido que sean considerados titulares de bienes jurídicos penales. Todo esto nos permitió corroborar nuestro segundo supuesto.

En el tercer capítulo estudiamos la situación en que se encuentra actualmente el animal no-humano dentro de nuestra legislación. Desde una perspectiva histórica, pudimos reconocer que ha cambiado el paradigma para tutelar jurídicamente al animal no-humano. Desde el año 2009, ha aumentado el estándar de protección animal, encontrándonos en una época en que la legislación protege al animal no-humano *per se*, y no por su valor económico.

Sin embargo, pudimos constatar también que la legislación nacional es confusa e insuficiente. Sabemos que considerar jurídicamente al animal no-humano como “cosa” no se condice con los conocimientos científicos actuales, con nuestra ética, nuestros intereses sociales y con el mismo ordenamiento jurídico, siendo una clasificación absolutamente incoherente. Además, en cuanto a la tutela penal que recibe el animal no-humano, pudimos ver que, a pesar de que efectivamente se tutela el bien jurídico bienestar y salud animal, el cual se ha elevado como un bien jurídico de máxima entidad por parte de nuestro ordenamiento jurídico, de todas maneras la norma penal no logra su objetivo debido a la falta de aplicabilidad práctica de los artículos 291 *bis* y *ter* del Código Penal.

El Código Civil y el Código Penal, y su visión y tratamiento de los animales son un reflejo de la moral de la época en que se promulgaron, la cual no se adecúa a la vida moderna y a las demandas ciudadanas actuales que exigen respeto por la vida animal. Nos encontramos frente a una nueva realidad, y depende de todo aquel que haya tomado conciencia sobre la importancia de la protección y el respeto hacia los animales hacer lo necesario para mejorar su situación, dado que ellos no pueden hacerlo por sí mismos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alcácer, Rafael. “La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos.” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2002. [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-08.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf) (Consultado el 26 de enero de 2020).
- Animal Libre. *El Rodeo no Puede Seguir Siendo un Deporte*. s.f. <https://www.change.org/p/mindepchile-el-rodeo-no-puede-seguir-siendo-deporte?signed=true> (Consultado el 11 de noviembre de 2018).
- Asla, Alberto, y Gerardo F. Rodríguez. *Leyes de los Francos Sállicos y Ley Sálica Carolina*. Traducido por Carlos R. Domínguez. Mar del Plata: Universidad Nacional de Mar del Plata. Facultad de Humanidades, 2017.
- Austin, John L. *How to Do Things with Words*. Cambridge: Harvard University Press, 1975.
- Bentham, Jeremy. “Chapter XVI: Of the Cultivation of Benevolence.” En *Principles of Penal Law: Part III*. s.f.
- . “Introduction to the Principies of Morals and Legislation.” *Early Modern Texts*. 1823. <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf>.
- . *The Rationale of Punishment*. Londres: Heward, 1830.
- Betegón, Jerónimo. *Derecho y Moral: Ensayos Analíticos*. Barcelona: Editorial Ariel, 1990.
- Birnbaum, Franz. *Sobre la Necesidad de una Lesión de Derecho para el Concepto de Delito*. Traducido por José Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.
- Chible, María José. “Animales de Compañía en Chile: Estatus y Regulación.” En *Derecho Animal: Teoría y Práctica*, editado por María José Chible y Javier Gallego, 225–288. Santiago: Thompson Reuters, 2018.
- Chiesa, Luis. “Why is it a Crime to Stomp on a Goldfish? – Harm, Victimhood and the Structure of Anti-Cruelty Offenses.” *Mississippi Law Journal* 78, n° 1 (2008): 1–67.
- CNN Chile. *Masiva Marcha Nacional Contra el Rodeo Marca el Comienzo de Septiembre*. 2 de septiembre de 2017. <http://www.cnnchile.com/noticia/2017/09/02/masiva-marcha-nacional-contr-el-rodeo-marca-el-comienzo-de-septiembre>. (Consultado el 7 de septiembre de 2018).
- Correa, Mario. “Influencia del Cristianismo en la Evolución del Derecho Romano hacia el Derecho Natural, en Materia de Relaciones de Familia.” *Revista Chilena de Derecho* 7, n° 1 (1980): 502–518.

- Cox, Janice. “World Bank says Animal Welfare is a ‘Critical Issue’ for the future, Comits to Global Conference on Animal Welfare and Development.” *Eurogroup For Animals*. 5 de abril de 2017. <http://www.eurogroupforanimals.org/world-bank-says-animal-welfare-critical-issue-future-commits-global-conference-animal-welfare-development> (Consultado el 8 de septiembre de 2018).
- Cruelty Free International. *Alternatives to Animal Testing*. s.f. <https://www.crueltyfreeinternational.org/why-we-do-it/alternatives-animal-testing> (Consultado el 1 de enero de 2019).
- Dammery, Richard J.E. “The Law-Code of King Alfred the Great.” *Tesis doctoral*. Vol. 2. University of Cambridge, 1991.
- De Carvalho, Estrella. *La Comisión por Omisión en el Delito de Maltrato o Crueldad Animal*. Santiago: Universidad de Chile, 2016.
- De Grazia, David. *Animal Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- De las Heras, Joaquín. “El Bienestar Animal como bien Jurídico-Penal.” En *Derecho Animal: Teoría y Práctica*, editado por María José Chible y Javier Gallego, 185–222. Santiago: Thomson Reuters, 2018.
- Donaldson, Sue, y Will Kymlicka. *Zoopolis: A Political Theory of Animal Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londres: Bloomsbury Academic, 2013.
- El Desconcierto. *Un 6% de la Población Chilena es Vegetariana*. 2 de mayo de 2018. <http://www.eldesconcierto.cl/2018/05/02/un-6-de-la-poblacion-chilena-es-vegetariana/> (Consultado el 15 de septiembre de 2018).
- Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Fairbanks, Arthur. “Pythagoras and the Pythagoreans.” En *The First Philosophers of Greece*. Londres: Kegan Paul, Trench, Trübner & Co., 1898.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. *Retibución y Prevención General: Un Estudio Sobre la Teoría de la Pena y las Funciones del Derecho Penal*. Buenos Aires: Euros Editores, 2007.
- Feinberg, Bruce, y Terry Williams. “Animal Welfare Update: North America.” *McDonald's*. n.d. [http://www.mcdonalds.com/content/corp/values/report/archive/progress\\_report/north\\_america.html](http://www.mcdonalds.com/content/corp/values/report/archive/progress_report/north_america.html).

- Feinberg, Joel. “The Expressive Function of Punishment.” En *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, 95 – 118. Princeton: Princeton University Press, 1970.
- Feuerbach, Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: Heyer, 1847.
- Fischer Drew, Katherine (trad.). *The Laws of the Salian Franks*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 1991.
- Francione, Gary. “El error de Bentham (y el de Singer).” *Teorema: Revista Internacional de Filosofía* 18, n° 3 (1999): 39 – 60.
- . “Reflections on ‘Animals, Property, and the Law’ and ‘Rain Without Thunder’.” *Law and Contemporary Problems* 70, n° 1 (2007): 9–58.
- Fraser, D., D. M. Weary, E. A. Pajor, y B. N. Milligan. “A Scientific Conception of Animal Welfare that Reflects Ethical Concerns.” *Animal Welfare*. Vol. 6. Traducido por Centro de Educación en Bienestar de Animales de Producción. 1997.
- Frister, Helmut. *Derecho Penal: Parte General*. Traducido por María de las Mercedes. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- Gallego, Javier. “Sobre la Posibilidad de un ‘Derecho Animal’.” En *Derecho Animal: Teoría y Práctica*, editado por María José Chible y Javier Gallego, 145–184. Santiago: Thompson Reuters, 2018.
- Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- Gregor, Mary. “Kant on Obligation, Rights and Virtue.” *Jahrbuch Für Recht Und Ethik / Annual Review of Law and Ethics*, 1993: 69–102.
- Gruen, Lori. “Los Animales.” En *Compendio de Ética*, editado por Peter Singer, traducido por Jorge Vigil y Margarita Vigil, 469–481. Madrid: Alianza Editorial, 2004.
- Ayala, Alejandro (ed.). “Guía de Servicios, Tiendas y Restaurantes Vegetales de Chile. Verano 2017.” *Homovegetus*. 2016. <http://www.homovegetus.cl/guia-vegana-chile/> (Consultado el 20 de noviembre de 2016).
- Guzmán Dalbora, José Luis. “El Delito de Maltrato de Animales.” En *Estudios y Defensas Penales*. Santiago: Lexis Nexis, 2007.
- . “Primer Congreso sobre Derecho Animal PUCV.” Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 11 de agosto de 2017.
- Habermas, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Vol. I. Madrid: Taurus, 1999.

- Hammurabi. *The Code of Hammurabi King of Babylon About 2250 B.C.* Traducido por Robert F. Harper. Chicago: University of Chicago Press, 1904.
- Harari, Yuval Noah. *De Animales a Dioses*. Santiago: Penguin Random House Grupo Editorial, 2016.
- Hava, Esther. “La Protección del Bienestar Animal a través del Derecho Penal.” *Estudios Penales y Criminológicos* 31 (2011): 259–304.
- Hegel, Georg W. F. *Principios de la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 2012.
- Hoerster, Norbert. *Abtreibung im säkularen Staat*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1991.
- Hörnle, Tatjana. “Teorías de la Pena.” En *Colección de Estudios N° 43*, traducido por Nuria Pastor. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Horta, Óscar. “El Cuestionamiento del Antropocentrismo: Distintos Enfoques Normativos.” *Revista de Bioética y Derecho*, n° 16 (2009): 36–39.
- . *Términos Básicos para el Análisis del Especismo*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2008.
- . *Un Paso Adelante en Defensa de los Animales*. Madrid: Plaza y Valdés Editores, 2017.
- Humane Society International. *An HSI Report: The Impact of Animal Agriculture on Global Warming and Climate Change*. s.f. <https://www.humanesociety.org/sites/default/files/docs/hsus-report-agriculture-global-warming-and-climate-change.pdf> (Consultado el 20 de septiembre de 2018).
- Jakobs, Günther. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Traducido por Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- . *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*. Traducido por Manuel Cancio y Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2004.
- Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950.
- Kant, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Traducido por Emilio Miñana y Villagrana y Manuel García. Barcelona: Círculo de Lectores, 1996.
- . *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Traducido por Roberto R. Aramayo. Madrid: Alianza, 2002.
- . *La Metafísica de las Costumbres*. Traducido por Adela Cortina. Madrid: Editorial Tecnos, 2008.
- . *Lecciones de Ética*. Traducido por Roberto R. Aramayo y Concha Roldán. Barcelona: Editorial Crítica, 1988.

- Kelch, Thomas G. “A Short History of (Mostly) Western Animal Law: Part I.” *Animal Law* 19, n° 23 (2012): 23–62.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Madrid: Trotta, 2011.
- . *Teoría Pura del Derecho*. 2da edición. Ciudad de México: Porrúa-UNAM, 1991.
- Kete, Kathleen. “Animals and Ideology: The Politics of Animal Protection in Europe.” En *Representing Animals*, editado por Nigel Rothfels, 19 y ss. Bloomington: Indiana University Press, 2002.
- Kindhäuser, Urs. “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal.” *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2009. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/124363> (Consultado el 25 de enero de 2020).
- . “La Lógica de la Construcción del Delito.” *Derecho Penal*. Editado por Juan Pablo Mañalich. 2009. [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20090918\\_02.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20090918_02.pdf) (Consultado el 7 de septiembre de 2018).
- . “Personalität, Schuld und Vergeltung.” *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1989: 493-507.
- Korsgaard, Christine M. “A Kantian Case for Animal Rights.” En *Animal Law - Tier and Rect: Developments and Perspectives in the 21st Century*, editado por Margot Michael, Daniela Kühne y Julia Hänni, 3–27. Zurich: Dike Verlag, 2012.
- . *Fellow Creatures: Our Obligations to the Other Animals*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Krebs, Angelika. “Haben wir moralische Pflichten gegnüber Tieren? Das pathozentrische Argument in der Naturethik.” *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 41, n° 6 (1993).
- La Nación. *Chile se Une a la Unión Europea en Campaña por los Animales*. 16 de abril de 2010. <http://www.lanacion.cl/chile-se-une-a-la-union-europea-en-campana-por-los-animales/noticias/2010-04-16/070818.html> (Consultado el 26 de diciembre de 2016).
- Leahy, Eimear, Seán Lyons, y Richard S.J. Tol. “An Estimate of the Number of Vegetarians in the World.” *ESRI, Working Paper No. 340*. marzo de 2010. <https://www.esri.ie/pubs/WP340.pdf> (Consultado el 10 de septiembre de 2018).
- Leiva, Carolina. “El Delito de Maltrato Animal en Chile: Historia del artículo 291 bis y análisis crítico a la luz del nuevo tipo penal incorporado por la Ley N° 21.020.” En *Derecho Animal: Teoría y Práctica*, editado por María José Chible y Javier Gallego, 405–426. Santiago: Thompson Reuters, 2018.

- Leyton, Fabiola. “Literatura Básica en Torno al Especismo y los Derechos Animales.” *Revista de Bioética y Derecho*, n° 10 (2010): 14–16.
- Loewe, Daniel. “Justicia y Animales: Estatus Moral y Obligaciones Debidas Hacia los Animales.” En *Derecho Animal: Teoría y Práctica*, editado por María José Chible y Javier Gallego, 51–76. Santiago: Thompson Reuters, 2018.
- Mañalich, Juan Pablo. “Animalidad y Subjetividad. Los Animales (No Humanos) como Sujetos-de-Derecho.” *Revista de Derecho* 31, n° 2 (2018): 321–337.
- . “La Pena Como Retribución.” *Estudios Públicos*, n° 108 (2007): 117–205.
- . “La Permisibilidad del Aborto como Problema Ontológico.” *Revista Derecho y Humanidades*, n° 23 (2014): 305–333.
- . “Primer Congreso sobre Derecho Animal PUCV.” Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 11 de agosto de 2017.
- Matus, Jean Pierre. “Sobre el sentido y alcance del artículo 291 del Código Penal.” *Revista de Derecho* 26, n° 2 (2013): 137–166.
- Montes, Macarena. *Derecho Animal en Chile*. Santiago: Editorial Libromar, 2018.
- Moore, Michael. *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- Morales, Hector. “La resistencia de la objeción especista.” *Derecho y Crítica Social* 1, n° 2 (2015): 375–410.
- Muguerza, Javier. *El Fundamento de los Derechos Humanos*. Editado por Gregorio Peces-Barba. Editorial Debate, 1989.
- Nietzsche, Friedrich. “La Gaya Ciencia.” *Textos.info*. s.f. <https://www.textos.info/friedrich-nietzsche/la-gaya-ciencia/ebook#4-112> (Consultado el 5 de agosto de 2018).
- No Más Vivisección. *Prohíban las Pruebas en Animales Para Cosméticos en Chile*. s.f. <https://www.change.org/p/cosmeticossintesteoanimal-proh%C3%ADban-las-pruebas-en-animales-para-cosm%C3%A9ticos-en-chile-pardachile-vladomirosevic-karolcariola-camila-vallejo> (Consultado el 11 de noviembre de 2018).
- On the Eating of Flesh*. Vol. III, de *The Complete Works of Plutarch: Essays and Miscellanies*. Nueva York: Crowell, 1909.
- Ortiz, Luis, y Javier Arévalo. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014.

- Papa Pío XII. “Alocución de su Santidad el Papa Pío XII al Congreso de Derecho Penal Internacional.” *VI Congreso de Derecho Penal*. Roma, 3 de octubre de 1953.
- Peñaranda, Enrique. “La Pena: Nociones Generales.” En *Introducción al Derecho Penal*, de Juan Antonio coord. Lascuráin, 225–293. Madrid: Civitas, 2015.
- Platón. *Diálogos, Fedro o de la Belleza*. Traducido por Patricio de Azcárate. Buenos Aires: Argonauta, 1946.
- Regan, Tom. *En Defensa de los Derechos de los Animales*. Ciudad de México: FCE - UNAM, 2016.
- . *The Case for Animal Rights*. Berkeley: University of California Press, 1983.
- Riechmann, Jorge. *Todos los Animales Somos Hermanos*. Madrid: Libros de la Catarata, 2005.
- Robbins, William. “Animal Rights: A Growing Movement in U.S.” *The New York Times*. 15 de junio de 1984. <https://www.nytimes.com/1984/06/15/us/animal-rights-a-growing-movement-in-us.html> (Consultado el 7 de septiembre de 2018).
- Roxin, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Traducido por Diego Manuel Luzón, Miguel Díaz y García y Javier de Vicente. Vols. I, Fundamentos: La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997.
- Ruiz, Alfonso. *Grocio, Pufendorf y el Iusnaturalismo Racionalista*. Vol. 2, de *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, de Luis Díez-Picazo (coord.), 2863–2891. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2014.
- Ryder, Richard D. “Speciesism Again: the Original Leaflet.” *Critical Society*, 2010.
- . *Painism: A Modern Morality*. Londres: Open Gate Press, 2003.
- Salt, Henry S. “Animals’ Rights: Considered in Relation to Social Progress.” *Animal Rights Library*. 1984. <http://www.animal-rights-library.com/texts-c/salt01.htm> (Consultado el 29 de agosto de 2018).
- Sanhueza, Omar. “Matarán Cerca de 100 Mil Castores en Extremo Sur Chileno-Argentino.” *Biobiochile*. 14 de noviembre de 2016. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-magallanes/2016/11/14/mataran-cerca-de-100-000-castores-en-extremo-sur-chileno-argentino.shtml> (Consultado el 30 de enero de 2017).
- Schiff Berman, Paul. “Rats, Pigs and Statues on Trial: The Creation of Cultural Narratives in the Prosecution of Animals and Inanimate Objects.” *New York University Law* 69, n° 288 (1994): 288–326.
- Singer, Peter. *Animal Liberation*. Estados Unidos: Harper Collins, 1975.

- . *Animal Liberation*. Nueva York: HarperCollins, 2002.
- . *Ética Práctica*. Barcelona: Editorial Ariel, 1984.
- . *Liberación Animal*. Madrid: Trotta, 1999.
- Strawson, Peter. *Libertad y Consentimiento*. Barcelona: Piados, 1995.
- Szczaranski, Federico. “Sobre la Evolución del Bien Jurídico Penal: un Intento de Saltar más Allá de la Propia Sombra.” *Política Criminal* 7, n° 14 (2012): 378–453.
- Te Protejo y Humane Society International. *#BeCrueltyFree Chile eliminemos las pruebas en animales para cosméticos*. s.f. <https://www.change.org/p/senado-chile-camaradiputados-becrueltyfree-chile-terminemos-con-las-pruebas-en-animales-para-cosm%C3%A9ticos> (Consultado el 11 de noviembre de 2018).
- Teletrece. *Masiva Marcha en Santiago por Maltrato a Perro Cholito*. s.f. <http://www.13.cl/programas/bienvenidos/noticias/masiva-marcha-en-santiago-por-maltrato-a-perro-cholito> (Consultado el 8 de septiembre de 2018).
- Thompson, Edward P. *Whigs and Hunters: the Origin of the Black Act*. Londres: Allen Lane, 1975.
- Tomás de Aquino. *Summa Contra Gentiles*. Traducido por Carlos Ignacio González. Ciudad de México: Porrúa, 1985.
- Tooley, Michael. *Abortion and Infanticide*. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- Universidad de Cambridge. “Declaración de Cambridge respecto de la conciencia.” *Anima*. Editado por Jaak Panksepp, Diana Reiss, David Edelman, Bruno Van Swinderen, Philip Low y Christof Koch. 7 de julio de 2012. <http://www.anima.org.ar/wp-content/uploads/2016/03/Declaraci%C3%B3n-de-Cambridge-sobre-la-Conciencia.pdf> (Consultado el 16 de octubre de 2018).
- Vives, Tomás S., et al. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993.
- Von Liszt, Franz. *La Idea de Fin en el Derecho Penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 1994.
- von Mühlenbrock, Mariana. “El Rodeo en Chile y el Alcance del Delito de Maltrato Animal.” *Memoria para optar al grado*. Universidad de Chile, 2018.
- Wilenmann, Javier. “Causación Lícita de Lesiones o de Muerte de Animales en el Sistema Jurídico Chileno tras la Ley N° 21.020.” En *Derecho Animal: Teoría y Práctica*, editado por María José Chible y Javier Gallego, 427–452. Santiago: Thompson Reuters, 2018.

———. “La administración de justicia como un bien jurídico.” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 36 (2011): 531–573.

Yaron, Reuven. *The Laws of Eshunna*. Jerusalén: The Magness Press, 1988.

Zaffaroni, Raúl. “La Pachamama y el humano.” *Pensamiento Penal*. s.f.  
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/07/doctrina41580.pdf> (Consultado el 3 de marzo de 2018).