



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

**ANÁLISIS CRÍTICO DE CLÁUSULAS GENERALES COMO TÉCNICA  
LEGISLATIVA EN DELITOS DE MALTRATO ANIMAL**

**Memoria para optar por el grado de Licenciado en Ciencias  
Jurídicas y sociales**

Víctor Ernesto Lobos Fabres

Profesor guía: Juan Pablo Mañalich Raffo

Santiago de Chile  
2021

## TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	V
INTRODUCCIÓN.....	1
<b>1) RECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE CLÁUSULAS GENERALES DE INJUSTIFICABILIDAD O FALTA DE NECESIDAD EN DELITOS DE MALTRATO ANIMAL .....</b>	<b>4</b>
1.1) Marco de comparación: presencia de cláusulas generales y expresiones abiertas en delitos relacionados con animales no humanos .....	9
1.1.1) Uso de cláusulas generales en delitos relacionados con animales no humanos, en ordenamientos jurídicos de la tradición continental .....	10
1.1.2) Uso de cláusulas generales en delitos relacionados con animales no humanos, en ordenamientos jurídicos de la tradición del <i>common law</i> .....	21
1.2) Análisis de estructura y función de cláusulas generales en delitos de maltrato animal .....	27
1.2.1) Estructura de cláusulas generales .....	28
1.2.2) Función general de conceptos jurídicos indeterminados en delitos de crueldad o maltrato animal.....	32
1.2.3) Función de cláusulas de reenvío a la antijuricidad como mera referencia a causas de justificación.....	35
1.2.4) Función de cláusulas de remisión a la antijuricidad como elemento de valoración global del hecho .....	39
1.3) Interpretación y explicación del uso de cláusulas en delitos de maltrato animal .....	42
1.3.1) Parámetros para interpretar cláusulas generales .....	42
1.3.2) ¿Por qué se utilizan éstas cláusulas en la tipificación de los delitos de maltrato animal?.....	48

## **2) ANÁLISIS CRÍTICO, E IDEOLOGÍA PRESENTE EN EL USO DE CLÁUSULAS GENERALES COMO TÉCNICA LEGISLATIVA EN DELITOS DE MALTRATO ANIMAL .....52**

2.1) Delimitación del ámbito de protección de los animales no humanos desde la teoría del bien jurídico.....54

2.1.1) El problema del bien jurídico en los delitos de maltrato animal .....58

2.1.2) Bien jurídico desde una tutela indirecta del animal no humano: sentimientos humanos de compasión, moral y buenas costumbres .....59

2.1.3) Libre acceso a la propiedad como bien jurídico .....62

2.1.4) Medio ambiente como bien jurídico .....63

2.1.5) Bienestar del animal no humano como bien jurídico .....65

2.2) Fundamentos ideológicos tras el uso de cláusulas generales como técnica legislativa en delitos de maltrato animal .....72

2.2.1) El debate sobre el estatus moral del animal no humano, como fundamento ético en los delitos de maltrato animal .....72

2.2.2) Abolicionismo y bienestarismo jurídico .....76

2.2.3) Cláusulas generales en legislación anticrudelista como una técnica propia del bienestarismo jurídico .....77

2.3) Crítica de la técnica legislativa empleada en legislación antirrudelista .....81

## **3) SUPERACIÓN DEL BIENESTARISMO JURÍDICO, RECOMENDACIONES PARA LA TUTELA JURÍDICO PENAL DEL ANIMAL NO HUMANO .....87**

3.1) La discusión acerca del animal no humano como sujeto de derechos .....88

3.1.1.) ¿Las obligaciones emanadas de las leyes de bienestar animal podrían interpretarse como derechos implícitos?.....89

3.1.2) Los posibles derechos animales como derechos esencialmente débiles bajo las leyes de bienestar animal .....93

3.2) Principales fundamentos para caracterizar al animal no humano como digno de ser titular de derechos subjetivos en sentido fundamental .....	98
3.2.1) Los tipos de derechos subjetivos que son compatibles con el animal no humano .....	98
3.2.2) El fundamento de derechos subjetivos en los animales no humanos: la teoría del interés. ....	100
3.3) Consideraciones para un esbozo de lege ferenda en la tipificación de futuros delitos relacionados con animales no humanos, a partir del principio del daño	106
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>115</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>117</b>

## RESUMEN

Este trabajo procura analizar en forma detallada y crítica el uso de cláusulas generales de “injustificabilidad” y “falta de necesidad” en la generalidad de delitos de maltrato animal y legislación anticrudelista, como una técnica legislativa propia del bienestarismo jurídico. A la vez que se busca una alternativa a esta técnica, para fundamentar las futuras decisiones de criminalización para con los animales no humanos, que sea congruente con un reconocimiento de estos seres como titulares de derechos.

Conforme a lo anterior, se argumentarán los siguientes puntos (1) El uso de cláusulas generales es común en los delitos de maltrato animal en la legislación comparada, caracterizándose esta técnica legislativa por dar una gran deferencia para su interpretación. (2) Los fundamentos éticos y políticos para el uso de esta técnica legislativa se corresponden con un paradigma propio del bienestarismo jurídico. (3) El estatus del animal no humano es compatible con el estatus de titular de derechos subjetivos, lo que debería traducirse en el plano jurídico, siendo el principio del daño un estándar de legitimidad para futuras decisiones de criminalización compatible con dicho estatus.

**Palabras claves:** Animal no Humano; Cláusulas Generales; Bien Jurídico; Bienestarismo; Derecho Animal; Estatus Jurídico; Principio del Daño.

## INTRODUCCIÓN

En las diversas sociedades a través de la historia, los animales no humanos han acompañado a los animales humanos y han sido utilizados por estos últimos, para satisfacer sus más diversos fines. Esta instrumentalización de los animales no humanos ha evolucionado con el devenir de estas sociedades, y su uso ha pasado a ser regulado por el derecho en sus más diversas áreas, tales como el derecho civil, el derecho administrativo, el derecho medioambiental, el derecho penal, e incluso llegando a regularse por la Constitución de algunos países.

En la actualidad, a pesar de dicha regulación, la relación de dominación del ser humano sobre los demás animales sigue vigente de forma manifiesta. Lo que puede evidenciarse, en que varias actividades que causan muerte, dolor o sufrimiento a estos seres son socialmente aceptadas, tales como: la ganadería industrial, uso de animales en la industria textil, la experimentación en animales, el rodeo, la tauromaquia, los zoológicos, etc. Estas actividades, además, suelen justificarse principalmente por intereses económicos, de consumo, o mero entretenimiento para los seres humanos.

Las actividades anteriores coexisten con diversos tipos penales que proscriben actos perjudiciales respecto a los animales no humanos, los cuales son limitados, teniendo la regulación legal el rol de delinear cuales actos están permitidos y prohibidos respecto a estos seres. A pesar de esta limitación, la tutela jurídico penal ha tenido un cierto progreso a favor de los animales no humanos, ya que en principio en la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos se consideraba a los animales meramente como bienes, prohibiendo los perjuicios a estos únicamente como parte del delito de daños, operando la prohibición solo cuando alguien ajeno al dueño y sin su consentimiento dañara al animal. Esto evoluciono

a una fase en que se criminalizo delitos que causaran daños a los animales no humanos de forma independiente del derecho de propiedad y pudiendo operar contra los dueños de estos animales.

En este sentido, gran parte de los ordenamientos jurídicos del mundo tipificaron delitos de forma diversa, pero a pesar de esta heterogeneidad, en la mayoría de los casos se criminalizaron actos de maltrato o crueldad hacia los animales no humanos. Además de esto, a pesar de las diferencias terminológicas, y de mentalidad jurídica presente en las distintas tradiciones jurídicas del mundo, tanto en el derecho continental y el *common law*, la mayoría de estos ordenamientos jurídicos utilizan una técnica legislativa en común. La cual consistente en el uso de cláusulas generales de “injustificabilidad” o “falta de la necesidad”, y expresiones abiertas en la descripción típica de los delitos de maltrato o crueldad animal. Estas abarcan un gran número de casos y dan una amplia discrecionalidad para su interpretación, teniendo un gran peso para determinar los comportamientos a ser punibles. Siendo las cláusulas generales, funcionalmente, el cimiento para que dichos delitos no resulten lo disruptivo que podrían ser, ya que a partir de su interpretación en la práctica no se aplican sanciones a comportamientos que causan daño al animal no humano si son parte de la explotación animal socialmente aceptada.

En relación con lo anterior, el presente trabajo busca examinar de forma crítica y detallada el uso de esta técnica legislativa, centrándose en las cláusulas generales de “injustificabilidad” o “falta de necesidad” en delitos que hagan punible la

causación de daño a los animales no humanos, principalmente a partir del delito de maltrato animal<sup>1</sup>, y leyes anticrudelistas.

Para esta labor, en un primer paso, se reconstruirá estas cláusulas, intentando explicar su estructura, la función que cumplen en relación con el ordenamiento jurídico al que pertenezcan, y la forma de interpretarlas. Luego de esto se examinará la ideología reconducida a posturas éticas, que fundamenta los ilícitos que usen esta técnica y las principales críticas de la regulación en que se insertan dichos ilícitos, para finalmente presentar un esbozo de lege ferenda que sea una alternativa a esta técnica legislativa.

---

<sup>1</sup> Cuando se use este término de forma general, sin especificar el ordenamiento jurídico de un país en concreto, se hará también referencia a los países que contemplan un “delito de maltrato de animales”.



## **1) RECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE CLÁUSULAS GENERALES DE INJUSTIFICABILIDAD O FALTA DE NECESIDAD EN DELITOS DE MALTRATO ANIMAL**

La criminalización de conductas tales como la producción de muerte, lesiones, daño, dolor, o sufrimiento, hacia los animales no humanos mientras sea innecesario o injustificado, está presente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo. Creándose así una diversidad de delitos, como por ejemplo el delito de maltrato o crueldad animal, el delito de abandono animal, delito de bestialismo, entre otros, dependiendo del ordenamiento jurídico del país en que se inserten<sup>2</sup>.

A pesar de este punto en común, en la generalidad de los ordenamientos jurídicos del mundo, los delitos se presentan en un catálogo sumamente heterogéneo. Habiendo una multiplicidad de figuras penales únicas en cada ordenamiento o habiendo figuras comunes que discrepan de forma considerable de un ordenamiento a otro. Si bien es cierto que la discrepancia de delitos entre países es algo bastante común, ya que el trabajo del legislador está supeditado a las preocupaciones particulares de cada país, o incluso de cada estado dentro del país (dependiendo de su organización política)<sup>3</sup>, la regulación penal referida a animales no humanos es de especial interés, ya que esta heterogeneidad entre

---

<sup>2</sup> GUZMÁN DALBORA, J. L. Estudios y defensas penales. 2ªed. Santiago, LexisNexis. 2007. pp. 202-208.

<sup>3</sup> Siendo paradigmático el caso de Estados Unidos donde los delitos relacionados a animales no humanos varían por cada Estado. Siendo una verdadera red de legislación, véase: FRASCH, P. y LUND, H. The Unequal Treatment of Animals by Species and Practice in the United States: A Moral and Legal Dilemma. dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies. 2(3), 2011, p. 1.

ordenamientos es considerable en comparación a otras figuras punibles orientadas a proteger intereses humanos<sup>4</sup>.

En relación con lo anterior, como ejemplo de la diferencia en el catálogo de delitos contemplados en cada país. En España se contempla como punible el abandono de animales del artículo 337 bis de su actual Código Penal<sup>5</sup>, dicha figura en contraste, no se contempla integrada de forma individual o específica en el ordenamiento de Argentina. Este último país no contempla en su Código Penal delitos en que se menoscaben los posibles intereses de los animales no humanos<sup>6</sup>, sino que deja esta tarea a la Ley N° 14.346 “De Malos Tratos o Actos de Crueldad a los Animales”. Esta ley argentina no contempla la figura de abandono animal de forma autónoma a diferencia del ordenamiento español, sino que asimila esta como una forma de acto cruel, esto se puede observar en el art. 3 numeral 5 de esta ley que dice: “Serán considerados actos de crueldad: **Abandonar** a sus propios medios a los animales utilizados en experimentaciones.”. Quedando además la prohibición, supeditada solo a animales usados en experimentos.

---

<sup>4</sup> Esta discrepancia, se puede ver por ejemplo en la prohibición de la crueldad contra los animales en Brasil, ya que este país a nivel constitucional reconoce protección a los animales no humanos, pero solo como una manera de proteger el medio ambiente, más específicamente como una forma de proteger la fauna o la flora, lo que está enmarcado en el artículo 225 VII de la constitución brasileña que dice: “[...] proteger la fauna y la flora, prohibiéndose, en la forma de la ley, las prácticas que pongan en riesgo su fusión ecológica, provoquen la extinción de especies o sometan a los animales a tratos crueles.” Lo que ha guiado a interpretar que el bien jurídico en delitos que prohíben actos de maltrato o crueldad con animales no humanos sea el medio ambiente. Esta situación se diferencia del ordenamiento español, ya que su delito de maltrato de animales se aplica solamente a los animales domésticos o de compañía, los cuales tienen poca utilidad de conservación ecológica, siendo difícil de interpretar que el tipo español tenga relación con la tutela del medio ambiente.

<sup>5</sup> Artículo 337 bis. El que abandone a un animal de los mencionados en el apartado 1 del artículo anterior en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad será castigado [...].

<sup>6</sup> El Código Penal argentino, no contempla delitos de maltrato animal, sino que castiga el daño a los animales no humanos como parte del delito de daños orientados a proteger los intereses del ser humano propietario y equiparando a los animales no humanos con objetos, esto lo podemos ver en su artículo 183 que castiga a cualquiera que “... *destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañar una cosa mueble o inmueble o un animal*”.

Otra heterogeneidad en la legislación comparada respecto de delitos relacionados con animales no humanos se puede observar en la forma en que se configura el delito respectivo y el alcance presente en la descripción típica -entendido como el número de conductas que podría subsumirse el respectivo delito-. Siendo una de las principales discrepancias la clase de animal que abarca el tipo. Esto se puede observar, continuando con el ejemplo del delito de abandono animal, al relacionarlo con el delito de maltrato animal, si comparamos la legislación española y la chilena. En España el delito presente en el art. 337 bis del Código Penal castiga al que abandone a un animal, el cuál debe pertenecer a los tipos de animal mencionados en el apartado primero del artículo anterior. Es decir, debe pertenecer a la categoría de animales que presenta el art. 337 del mismo código, el cual configura el delito de maltrato de animales, diferenciado cuatro categorías de animales en los que puede recaer la conducta típica.

En el caso de Chile a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento español, el abandono de animales no se configura como delito de forma independiente, sino que la figura del abandono está consagrada en el art. 12 de la Ley N° 21.020<sup>7</sup> que indica que el abandono se debe considerar como maltrato y crueldad animal, comportamiento que está presente como delito en el artículo 291 bis del Código Penal. La figura de abandono, en Chile no dice expresamente que animales pueden ser objeto del delito, pero si analizamos la situación sistemática de dicho art. 12, este se enmarca en una ley referida a mascotas o animales de compañía. Dicha ley describe que ha de entenderse por animal abandonado<sup>8</sup>, precisamente a las mascotas o animales de compañía. Siendo congruente interpretar que dicha figura solo se aplique a los animales que se puedan subsumir como parte de esta

---

<sup>7</sup> Artículo 12.- Se prohíbe el abandono de animales. El abandono de animales será considerado maltrato y crueldad animal y será sancionado de acuerdo a lo establecido en el artículo 291 bis del Código Penal.

<sup>8</sup> En el art. 2 numeral 2 de la Ley N° 21.020.

categoría<sup>9</sup>. Sin embargo, el delito de maltrato animal al que se debe asimilar el de abandono animal en Chile no diferencia ninguna categoría, operando en principio a la generalidad de los animales<sup>10</sup>.

En este sentido, la descripción típica del delito español de abandono y maltrato de animales son más precisas al explicitar la categoría de animal a cuáles aplican, y al contemplar la figura penal de abandono forma autónoma a la de maltrato. En cambio, en Chile el delito de abandono animal requiere un mayor trabajo interpretativo para entender las clases de animales que abarca el tipo, pero a su vez la descripción típica del delito maltrato animal chileno es más amplia que el delito español, al no restringir su descripción a ninguna categoría de animal.

Además de esta heterogeneidad entre ordenamientos, y como se puede observar de los ejemplos explicados, los delitos en relación a animales no humanos son dispersos siendo común que los ilícitos penales no se encuentren exclusivamente en códigos penales, sino que también están presentes en diversas leyes. A esto hay que sumar la poca claridad en cuanto al interés a resguardar ya que si analizamos los delitos cuando se introducen en Códigos, su ubicación sistemática se enmarca en capítulos o títulos relacionados con intereses tan diversos como la salud vegetal o animal, el medioambiente, la propiedad, la moral pública, etc. No habiendo claridad del bien jurídico subyacente en dichos delitos<sup>11</sup>. A su mismo, es común la superposición de sanciones entre el área

---

<sup>9</sup> De forma similar Besio da cuenta que no importa la especie del animal mientras cumpla el rol de ser mascota o animal de compañía, para este delito. En BESIO, M. Artículos 291 bis y 291 ter. En: COUSO, J. y HERNÁNDEZ, H.(directores). Código Penal comentado. Parte Especial. Libro Segundo. Título VI. Santiago, Thomson Reuters. 2019, pp. 286-287.

<sup>10</sup> Es de la opinión que la única restricción a esta generalidad es que los animales sean vertebrados, véase: GUZMÁN DALBORA, J.L. op. cit., pp. 239-240.

<sup>11</sup> En cuanto al bien jurídico a proteger en el delito de maltrato animal en Chile Leiva reconoce múltiples debates, en: LEIVA, C. El delito de maltrato animal en Chile: Historia del artículo 291 bis y

penal, con la administrativa, la civil y la medioambiental, dónde un único hecho podría satisfacer los supuestos de hechos de diferentes normas presentes en estas áreas simultáneamente<sup>12</sup>.

No obstante, esta heterogeneidad entre ordenamientos jurídicos, la mayoría de los países son consistentes en consagrar como delito el maltrato o crueldad con animales, siendo ilícitos penales que buscan prohibir de forma conjunta ciertas acciones que mermen la salud o vida de estos seres. En adición a esto, hay otro punto en común en legislación comparada, tanto de la tradición europea continental como del mundo anglosajón, los cuales a pesar de las diferencias terminológicas o de mentalidad jurídica contemplan de forma general como técnica legislativa el uso de conceptos abiertos que especifican la formas en que la producción de daño, dolor o sufrimiento será punible. En este sentido, como indica Wilenmann “[...]es común a estos delitos el uso de cláusulas de calificación de motivos (“sin motivo razonable”), de calificación de alternativas (“innecesariamente”) o de calificación de tendencias (“caprichosamente”, “cruelmente”, etc.)”<sup>13</sup>. De esta técnica legislativa hay que destacar las cláusulas generales de “injustificabilidad” y “falta de necesidad” que juegan un rol principal para que se vea configurado el delito.

Debido a que el uso de esta técnica legislativa y la configuración de normas anticrudelista o delitos de maltrato de animal, es un punto en común en los más

---

análisis crítico a la luz del nuevo tipo penal incorporado por la Ley N° 21.020. En: CHIBLE, M. y GALLEGGO, J. (Eds.). *Derecho Animal: Teoría y práctica*. Santiago, Chile. Thomson Reuters, 2018. 421p.

<sup>12</sup> Esto ocurre en España, en cuanto al derecho penal y el derecho administrativo, para más detalles revisar: MESÍAS, J. Los delitos de maltrato y abandono de animales en el Código Penal español. da. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies, 9(2), 2018, pp. 70-71.

<sup>13</sup> WILENMANN, J. Causación lícita de lesiones o de la muerte de animales en el sistema jurídico chileno tras la Ley 21.020. En: CHIBLE, M. y GALLEGGO, J. (Eds.). *Derecho Animal: Teoría y práctica*. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2018. pp. 441-443.

diversos ordenamientos jurídicos, es que el presente trabajo se centrara en un análisis detallado de estas cláusulas. Por lo que a continuación y como primer paso, se presentara un marco de comparación de los ordenamientos jurídicos de la tradición europeo continental y del *common law*, donde se analizara brevemente la legislación de países representativos de dichas tradiciones jurídicas para dar cuenta de este punto en común.

#### 1.1) Marco de comparación: presencia de cláusulas generales y expresiones abiertas en delitos relacionados con animales no humanos

En términos generales como se adelantaba las figuras penales que prohíben comportamientos que puedan dañar los posibles intereses de animales no humanos, tienen en común en que usan como técnica legislativa, conceptos abiertos y cláusulas generales. En este sentido, para mostrar este punto en común, se expondrá el uso de cláusulas generales presentes en los delitos de maltrato animal y leyes anticrudelistas, de países cuyo derecho deriven de la tradición europea continental (en adelante derecho continental) como del derecho anglosajón. Seleccionado países dentro de ambas tradiciones que cuentan con una regulación detallada respecto a estos delitos, caracterizándose por precisar la forma de cómo realizar la acción punible, el objeto del delito y que en general se les reconoce como países avanzados en la protección de estos seres. Esto para contrastarlo con los países con legislación menos detallada, los cuales suelen tener pocas figuras penales o restringen drásticamente el ámbito aplicación de estos delitos.

### 1.1.1) Uso de cláusulas generales en delitos relacionados con animales no humanos, en ordenamientos jurídicos de la tradición continental

Un primer país para destacar enmarcada en esta tradición jurídica, y que utiliza cláusulas generales en delitos de crueldad o maltrato animal, es el caso del ordenamiento jurídico chileno. Siendo uno de los países que tienen una regulación escasa, en cuanto hay pocas figuras penales orientadas a castigar, conductas que causen daño a los posibles intereses (tales como la salud o integridad) de animales no humanos, siendo paradigmático a este respecto el delito de maltrato animal. Esto sin perjuicio de que haya otra normativa que consagre delitos que tengan relación con animales no humanos, pero vulneren intereses más amplios<sup>14</sup> como intereses medioambientales, de conservación de especies<sup>15</sup> o recursos hidrobiológicos<sup>16</sup>. Figuras penales que además pueden superponerse con el delito de maltrato animal, ya que una misma conducta puede realizar los supuestos de hecho de distintas normas, abriendo así la posibilidad de concursos<sup>17</sup>.

Entre los delitos que sancionan comportamientos los cuales podrían dañar de forma directa los posibles intereses de los animales no humanos, nos encontramos como bien indica Besio en la Ley N° 21.020 sobre “Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía”, del año 2017, los delitos de

---

<sup>14</sup> Como por ejemplo el art. 291 del Código Penal que se refiere a la salud animal o vegetal al ser parte de la biodiversidad, según Matus en MATUS, J. P. Sobre el sentido y alcance del artículo 291 del Código Penal. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile 26(2), dic. 2013, pp.142-145.

<sup>15</sup> En cuanto el resguardo de especies la Ley N° 19.473 o “Ley de Caza” que en algunas prohibiciones busca prohibir la caza de ciertas especies de animales, cuando sean parte de la fauna nacional en que haya un especial interés en su conservación por razones ecológicas o de biodiversidad, mientras que regula al mismo tiempo las técnicas prohibidas o permitidas para cazar a otros animales.

<sup>16</sup> En referencia a recursos hidrobiológicos la Ley N° 18.862. “Ley General de Pesca y Acuicultura” busca proteger los recursos hidrobiológicos al regular su explotación considerando a los animales no humanos como parte de estos recursos.

<sup>17</sup> A este respecto, LEIVA, C. op. cit., p. 421.

abandono de animal y el delito de organización como espectáculo de peleas de animales en el art. 12 y 11 inciso tercero de esta ley respectivamente. Figuras que se encuentran vinculadas al delito de maltrato animal por remisión explícita a su penalidad y por asimilación a su comportamiento típico<sup>18</sup>. Respecto del delito de maltrato de animal, que vincula las otras dos figuras, este se encuentra presente en el art. 291 bis y art. 291 ter del Código Penal chileno, siendo este el principal delito en el ordenamiento jurídico de este país, ya que tiene el rol de castigar de forma general todas las conductas que puedan hacer algún daño a los animales no humanos, lo que es coherente con que las figuras introducidas en la Ley N° 21.020 deban considerarse como una forma de maltrato y crueldad animal.

Dicho delito de maltrato animal fue introducido como un “delito de maltrato de animales”<sup>19</sup> por la Ley N° 18.859 de 1989, sufriendo su primera modificación el año 2009 por la Ley N° 20.380 sobre Protección de animales la que mantuvo su redacción original y elevó las sanciones levemente. Hasta la última modificación por la ya mencionada ley de “Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía” que mantuvo la redacción del art. 291 bis, pero agregó dos incisos, e introdujo un artículo nuevo, el art. 291 ter a fin de precisar en qué consiste la conducta punible<sup>20</sup>.

Si se analiza la descripción típica del art. 291 bis respecto de la técnica legislativa empleada, sin considerar la introducción de Ley N° 21.020, dicho

---

<sup>18</sup> BESIO, M. op. cit., pp. 271-272.

<sup>19</sup> Esta diferencia gramatical no es baladí, tiene importancia de la individuación y cuantificación del tipo. Teniendo como su origen la Ley N° 21.020 que introdujo al Código Penal el artículo 291 ter que redefinió el “delito de maltrato de animales” como un “delito de maltrato animal”, considerando al animal no humano de forma individual como objeto del delito. En congruencia con esto revisar: MAÑALICH, J. P. Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos de derecho. Revista de Derecho (Valdivia). 31(2), 2018, pp. 323-324.

<sup>20</sup> LEIVA, C. op. cit., pp. 408-410, 412-415.



artículo que dice: “El que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales será castigado [...]”. Deja la carga al aplicador de determinar cuándo se realiza la conducta punible, al tener que interpretar la expresión “actos de maltrato o crueldad”, ya que dichos conceptos no estaban determinados legalmente, y gozaron de poca claridad conceptual no logrando ser interpretados inequívocamente por la doctrina<sup>21</sup>. Es decir, el legislador optó por un modelo de deferencia judicial como bien indica Wilenmann en el siguiente pasaje: “[...]el hecho de que la línea divisoria haya sido fijada exclusivamente por extensión semántica (en sí indeterminada) de los conceptos de crueldad y maltrato (en principio: excesivo) implica que, en realidad, la distinción depende de la extensión que le dieran los tribunales y de su deferencia en la fijación de esa extensión frente a las prácticas sociales imperantes”<sup>22</sup>.

En contraste a la técnica que empleó el legislador el año 1989, podemos destacar la técnica utilizada en ciertos anteproyectos de ley previos al delito del art. 291 bis. Esto se puede observar en el trabajo de Carolina Leiva que, al estudiar la historia del delito de maltrato o crueldad con animal en Chile, hace un resumen de varios anteproyectos como los siguientes:

“1. Proyecto de Ley de 25 de abril de 1962: Creaba el delito de crueldad para con los animales, estableciendo en su artículo 1° que la conducta típica estaría constituida por "toda acción u omisión que cause dolores o sufrimientos innecesarios en un animal"

2. Anteproyecto de Decreto Ley de 22 de septiembre de 1977: Originado en el Departamento Asesor del Ministerio de Justicia de la dictadura militar, describía

---

<sup>21</sup> Guzmán Dalbora entrega un estándar para interpretar que significa “maltrato” y “crueldad”, en GUZMÁN DALBORA, J.L. op. cit., pp. 232-236.

<sup>22</sup> WILENMANN, J. op. cit., p. 438.

la conducta en el sentido de sancionar "al que ejecutare una acción o incurriere en una omisión que cause daños, dolores o sufrimientos innecesarios a un animal"<sup>23</sup>.

Si contrastamos y analizamos ambos anteproyectos, con la descripción del delito de 1989, muestran que la descripción de los anteproyectos era más precisa al expresar una variante omisiva, al configurar como conducta punible actos u omisiones que causaren dolores o sufrimientos agregando la expresión daños en el caso del anteproyecto de 1977, y siendo además claramente delitos de resultado los cuales se verían ejecutados en consideración al animal individualmente. Sin embargo, a pesar de estas divergencias, es más interesante destacar que ambos anteproyectos al igual que el legislador de 1989 recurrieron a un concepto amplio para su interpretación, pero a su vez distinto a la expresión "maltrato" o "crueldad", ya que los dos anteproyectos expresan que los resultados deben ser "innecesarios", para ser punibles, usando así una cláusula general de "falta de necesidad" en sus delitos.

A pesar de que dichos anteproyectos no se configuraron como delitos dentro del ordenamiento jurídico chileno, aproximadamente 50 años después, el delito de maltrato o crueldad animal quedó redefinido usando una técnica legislativa casi idéntica, la cual también utiliza una cláusula general, mostrando así que este recurso como técnica para el legislador en los delitos de maltrato animal no es algo novedoso. Esto se debe a que la Ley N° 21.020 modificó el delito de maltrato de animales, de una forma anómala, ya que no se cambió la redacción del delito presente en el art. 291 bis (manteniendo así la descripción con la que se introdujo dicho delito en el año 1989), sino que se creó el art. 291 ter que más que precisar en qué ha de consistir el delito de maltrato animal, redefinió

---

<sup>23</sup> LEIVA, C. op. cit., p. 407.

globalmente lo que ha de entenderse por acto de maltrato o crueldad con animales, ya que este artículo dice expresamente que: “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.”.

Es decir, para todos los efectos cuando la ley dice actos de maltrato o de crueldad, estos han de entenderse como toda acción u omisión que resulte en daño dolor o sufrimiento para el animal<sup>24</sup>. En este caso se puede decir que el concepto de maltrato o crueldad ya no tiene ninguna importancia al subsumir la conducta punible, ya que el aplicador solo tiene que corroborar que se está en presencia de una acción u omisión que irroque daño, dolor o sufrimiento al animal.

Como se puede observar, el actual delito de maltrato animal redefinido en estos términos, coincide casi expresamente con la redacción de los anteproyectos de los años 1962 y 1977 al hacer punibles al igual que estos, acciones u omisiones que causen, daño, dolor o sufrimiento al animal, considerando al animal individualmente<sup>25</sup>. Y más importante aún, el actual delito de maltrato animal al igual que estos anteproyectos, también utiliza la técnica legislativa consistente en el uso de una cláusula general, más precisamente la cláusula “injustificadamente” al referirse a la forma en que se deben causar los resultados. El uso de esta cláusula a pesar de diferir de la expresión “innecesarios” de los anteproyectos, también es una expresión indeterminada que requerirá un posterior juicio de valoración por el aplicador para verse configurada, y es una

---

<sup>24</sup> Para un análisis de este cambio legislativo, véase: MAÑALICH, J. P., Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos de derecho. op. cit., pp. 322-324.

<sup>25</sup> En el mismo sentido: BESIO, M. op. cit., pp.287-288, LEIVA, C. op. cit., pp.421-425 y MAÑALICH, J. P., Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos de derecho. op. cit., pp. 323-324.

cláusula de la cual dependerá la eventual realización de los supuestos de hecho de las conductas que causen daño dolor o sufrimiento a los animales no humanos.

Otro ordenamiento jurídico similar al chileno, en el sentido de que no cuenta con una regulación detallada -al contar con pocas figuras penales-, e introduce cláusulas generales en delitos orientados a prohibir conductas que puedan afectar los posibles intereses de animales no humanos, es el caso de España. Este país contiene unos cuantos delitos a este respecto en su Código Penal, consagrando el delito de abandono de animal en su art. 337 bis, en el art. 337: en su numeral primero contiene el delito de maltrato de animales y el delito de explotación sexual, y en el numeral cuarto consagra una falta consistente en maltratar cruelmente a animales en espectáculos no autorizado, además de precisar en el mismo artículo, pero en su numeral segundo situaciones agravantes. En este sentido al analizar el delito del art. 337, que dice:

“1. Será castigado con la pena [...] el que por cualquier medio o procedimiento maltrate **injustificadamente**, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o sometién-dole a explotación sexual a:

- a) un animal doméstico o amansado,
- b) un animal de los que habitualmente están domesticados,
- c) un animal que temporal o permanentemente vive bajo control humano, o
- d) cualquier animal que no viva en estado salvaje.”

Podemos notar que el tipo español recurre al igual que el delito de maltrato animal chileno a la cláusula general “injustificadamente”, siendo a contrario

sensu no punibles conductas que efectivamente menoscaben la salud de los animales mientras se hagan justificadamente.

Además de lo anterior, dicho art. 337 restringe el ámbito de extensión con que pudiera operar el tipo, al precisar cuatro posibles categorías a las cuales debe pertenecer el posible animal a ser maltratado, pudiéndose aplicar así el tipo meramente a los animales domésticos o que estén bajo el control del hombre<sup>26</sup>, haciendo de esta manera atípico el maltrato al animal salvaje en estado salvaje<sup>27</sup>. Esto permite dar cuenta que España restringe el ámbito de protección a los animales no humanos de forma considerable.

A pesar de que el delito de maltrato de animales español, precisa a los animales a los cuales aplica, contempla además de la cláusula “injustificadamente” otras descripciones indeterminadas, ya que no dice de forma clara en que deben consistir los medios o procedimientos de maltrato, lo que ha suscitado varios debates doctrinales a fin de definir esta expresión. Dicho problema, también se encuentra y se acentúa en la falta presente en el numeral cuarto de este art. 337, que dice: “[...]Los que, fuera de los supuestos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo, **maltrataren cruelmente** a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, serán castigados con una pena de [...]”. Esta falta que ha sido considerada por parte de la doctrina como una forma atenuada del delito de maltrato de animales presente en el numeral primero del art. 337, en su descripción combina el concepto maltrato con el término crueldad, habiendo distintas posiciones para su interpretación, lo cual ha sido criticado<sup>28</sup>. Siendo la principal crítica que hay una descoordinación entre este tipo atenuado y el delito de maltrato de animales, ya que describen un

---

<sup>26</sup> MESÍAS, J. op. cit., p. 80.

<sup>27</sup> Ibid, p. 73.

<sup>28</sup> Ibid, p. 93.

maltrato que puede ser “injustificado” y “cruel” significando estos conceptos algo diferente, además de haber poca claridad en la aplicación de la falta<sup>29</sup>.

A diferencia de los delitos anteriores en la figura de explotación sexual, no se hace uso de cláusulas generales, sin perjuicio de que la redacción del artículo apareje críticas similares a los delitos que hacen uso de esta técnica legislativa, en el sentido que la extensión del tipo se ve restringida en cuanto al ámbito de aplicación (aunque por otros motivos). Además de que se crítica que el delito es poco coherente con el interés que el legislador tenía en mente al fundamentar el proyecto de ley que evoluciono a dicho delito<sup>30</sup>.

Finalmente, otros ordenamientos jurídicos de la tradición continental, a destacar son Alemania y Austria, los cuales se diferencian del ordenamiento chileno y español, en que configuran de forma detallada y clara múltiples delitos orientados a prohibir actos que puedan afectar los posibles intereses de los animales no humanos. Delitos los cuales, son acompañadas de múltiples normas que precisan y restringen las posibles conductas a ser punibles, regulando áreas tales como la ganadería, la experimentación con animales, practicas veterinarias, operaciones en animales, actuaciones en espectáculos, el transporte de animales, actos u omisiones de maltrato o crueldad con mascotas o animales de compañía, etc.

---

<sup>29</sup> En este sentido Mesías, resuelve el problema consistente en la descoordinación de tipos al privilegiar una interpretación que asimila el maltrato del numeral cuarto del art. 337 a un maltrato injustificado independiente que sea cruel, y además explica cómo se ha interpretado la expresión “en espectáculos no autorizados legalmente” presente en la descripción de esta falta, lo que está en detalle en: Ibid, pp. 93-94.

<sup>30</sup> Mesías al analizar el tipo español de explotación sexual de animales no humanos menciona que en el proyecto de ley originario se buscaba castigar la zoofilia, pero la actual redacción paso a describir un delito diferente al bestialismo. Ya que la realización del tipo queda superadita a que haya un ánimo de lucro por parte del explotador, quedando a salvo de la prohibición las conductas sexuales con animales que no busquen perseguir un rédito económico y no causen lesiones al animal, las cuales caso contrario podrían subsumirse bajo el delito de maltrato. Más detalles en Ibid, pp.83-84.

Además de lo anterior, en dichos ordenamientos se reconoce expresamente que existe un interés de proteger de forma general a estos seres, reconociéndose a estos países<sup>31</sup> como algunos de los ordenamientos jurídicos más avanzados en cuanto la protección del bienestar animal<sup>32</sup>. A pesar de todos estos hechos, dichos ordenamientos no escapan al uso de esta técnica legislativa consistente en introducir cláusulas generales en sus delitos de maltrato o crueldad animal. Aunque el peso puesto en esta expresión, para determinar la posible conducta punible, a diferencia de los ordenamientos anteriores, se ve disminuido ya que se recurre a distinciones en los motivos o la producción de muerte del animal que entregan mayor claridad para interpretar realizado dichos ilícitos<sup>33</sup>.

En el caso de Alemania la regulación que prohíbe conductas que puedan causar daño al animal no humano se encuentra consagrada de forma sistemática en la “Ley de Protección Animal”<sup>34</sup>, que en su artículo primero dice expresamente que el objetivo de la ley es proteger el bienestar de los animales no humanos evitando conductas que puedan causarle daño, dolor o sufrimiento. Este objetivo a primera vista es coherente con que dicha legislación restrinja la protección a los animales vertebrados, ya que este tipo de animales por lo general tienen un sistema nervioso central complejo similar al de los seres humanos, siendo clara

---

<sup>31</sup> Así, por ejemplo, la Organización Internacional “World Animal Protection” (WAP) preocupada en promover las leyes de bienestar animal, en un reporte del año 2020 que analiza las leyes que prohíben el sufrimiento animal en Alemania, le da la segunda calificación más alta en cuando al grado de protección de animales. Ver en: WORLD ANIMAL PROTECTION (2020),” Índice de protección animal: Alemania [en línea]: [https://api.worldanimalprotection.org/sites/default/files/api\\_2020\\_-\\_germany.pdf](https://api.worldanimalprotection.org/sites/default/files/api_2020_-_germany.pdf) [consulta: 19 de enero 2021].

<sup>32</sup> En el mismo sentido que el caso Alemán, la WAP le da la segunda calificación más alta en cuando al grado de protección de animales a la legislación de Austria, en un reporte del año 2020. Ver: WORLD ANIMAL PROTECTION (2020),” Índice de protección animal: Austria. [en línea]: [https://api.worldanimalprotection.org/sites/default/files/api\\_2020\\_-\\_austria\\_0.pdf](https://api.worldanimalprotection.org/sites/default/files/api_2020_-_austria_0.pdf) [consulta: 19 de enero 2021].

<sup>33</sup> WILENMANN, J. op. cit., p. 444.

<sup>34</sup> Animal Welfare Act (Ley de Bienestar Animal). Gaceta de Leyes Federales I, 25 de mayo de 1998. [en línea]: <https://www.animallaw.info/statute/germany-cruelty-german-animal-welfare-act> [consulta: 20 de enero 2021].

su capacidad de sentir dolor<sup>35</sup>. El uso de esta categoría también elimina la complejidad de proteger un posible interés en el bienestar de los animales invertebrados como a la vez de insectos o arácnidos<sup>36</sup>. Esto sin perjuicio de que se ha argumentado que algunos animales invertebrados, como los reptiles que poseen un sistema nervioso simple pueden sentir dolor<sup>37</sup>.

Siguiendo con el artículo primero de la ley alemana, este dice que los resultados que causen daño, dolor o sufrimiento estarán permitidos solo cuando haya un “motivo razonable”. El uso de esta técnica legislativa se repite de forma expresa en la redacción de múltiples artículos que regulan actos delictivos y precisan las posibles actividades que puedan causar daño, dolor o sufrimiento al animal. Esto se puede observar en el delito de maltrato animal del art. 17 de esta ley alemana, que hace punible, en su numeral primero el causar la muerte de animales vertebrados, a menos que haya un “motivo razonable”, y en su numeral segundo la causación de un dolor o sufrimiento considerable, cruel, severo o repetido a este tipo de animales. Dicha expresión “sin motivo razonable” es una cláusula general de calificación de motivos, la cual al igual que las cláusulas de “falta de necesidad” o “injustificabilidad” es una expresión poco clara que requerirá un posterior juicio de valoración para que se vea configurada la prohibición.

---

<sup>35</sup> Sin perjuicio, que la capacidad de experimentar dolor ha llegado a ser reconocida en animales no vertebrados como los crustáceos, por diversos tribunales como da cuenta el siguiente artículo referido a un fallo del 2017 de un tribunal italiano. En: CAMPANARO, C. Crustaceans as sentient beings and their mistreatment. Sentence n. 30177/2017 of the Third Criminal Section of Italian Supreme Court 1. dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies. 8(3), 2017, pp. 1-2.

<sup>36</sup> WILENMANN, J. op. cit., pp. 441-442.

<sup>37</sup> En este hilo de ideas Leyton ha dado cuenta que hay que considerar la capacidad de “sintiencia” - entendida por esta autora como la capacidad de experimentar placer o dolor, ya sea físico o psicológico- de animales invertebrados con sistema nervioso simple en contextos de experimentación con animales, en: LEYTON, F. Ciencia y ética: acerca de la situación de los animales no humanos en la investigación. En: CHIBLE, M. y GALLEGGO, J. (Eds.). Derecho Animal: Teoría y práctica. Santiago, Chile. Thomson Reuters, 2018. pp. 293-294, 303.



Además de lo anterior, el art. 4 de la misma ley da indicios de como causar una muerte lícita del animal no humano, al indicar que para causar la muerte de los vertebrados esta debe hacerse con anestesia o de forma indolora, lo cual debe ser razonable según las circunstancias, y cuando se autorice la matanza del vertebrado solo se deberá infligir el sufrimiento que sea inevitable.

De forma similar, Wilenmann al examinar brevemente la ley alemana de Protección Animal, destaca su técnica legislativa al decir que: “Paradigmática es la legislación alemana: el § 7 de la Ley de Protección Animal distingue entre las condiciones de ilicitud de la causación de la muerte —hacerlo ohne vernünftigen Grund: sin motivo razonable— y la ilicitud de la causación de sufrimiento (irrogación sin anestesia de dolor sustancial o irrogación constante o repetitiva de dolor o sufrimiento sustancial). Central es aquí la distinción del tipo de razonamiento relativo a cada caso: en el caso de la muerte, la pregunta es por los motivos de dar muerte al animal, mientras que, en el caso del sufrimiento, la pregunta es por las condiciones en que ello tiene lugar”<sup>38</sup>.

El uso de estas cláusulas generales, como se adelantó, también se encuentra presente en el ordenamiento jurídico de Austria, el cual recurre todavía más distinciones que Alemania. Esto lo podemos ver en la Ley de Protección Animal de este país, la cual detalla una serie de conductas a ser punibles en relación a los animales no humanos, especifica los tipos de animales a los cuales aplica esta normativa, a saber, la generalidad de animales, pero con excepciones como la figura del art. 32 que aplica solo a vertebrados, cefalópodos y decápodos<sup>39</sup>. Dicho artículo, además, contempla la forma de causar la muerte lícita, la cual

---

<sup>38</sup> Ibid, p. 444.

<sup>39</sup> Esto según el Artículo 3 de la: Federal Act on the Protection of Animals (Austria) [en línea]: [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV\\_2004\\_1\\_118/ERV\\_2004\\_1\\_118.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV_2004_1_118/ERV_2004_1_118.pdf) [consulta: 20 de enero 2021].

debe evitar dolor, sufrimiento o heridas “injustificadas” o extrema ansiedad en el animal. Usando claramente una cláusula general de “injustificabilidad” para ayudar a discernir la ilicitud del comportamiento. En el mismo sentido el art. 6 expresa la prohibición de matar al animal sin “una razón adecuada”, siendo una expresión de calificación de motivos, la cual se puede complementar con el § 222 del Código Penal austriaco, que en su inciso final determina las condiciones de ilicitud en la causación de muerte del animal, usando un concepto indeterminado orientado a la conducta interna del posible sujeto activo del delito, ya que se exige que la muerte se cause por capricho<sup>40</sup>.

El uso de estas cláusulas también lo podemos observar en la figura del art. 5. De la Ley de Protección Animal austriaca, que contempla prohibición de infligir hacia los animales un dolor que sea injustificado, coincidiendo con la misma cláusula general que contempla la figura de causación de muerte lícita del ya mencionado art. 32.

### 1.1.2) Uso de cláusulas generales en delitos relacionados con animales no humanos, en ordenamientos jurídicos de la tradición del *common law*

Los ordenamientos jurídicos perecientes a esta tradición se caracterizan, en que contemplan como fuente de derecho a la jurisprudencia por sobre las leyes,

---

<sup>40</sup> En detalle Wilenmann dice: “§ 222 del Código Penal austriaco se concentran en la determinación de las condiciones de ilicitud de la muerte ([...] por capricho en el caso austriaco). Ello es distinguido de las condiciones de ilicitud del maltrato propiamente tal (falta de necesidad, "crudeza"), de la realización de actividades de recreación con animales, de la experimentación con animales (irrogar sufrimiento innecesario para los fines de la investigación) y del abandono de mascotas. Por supuesto, incluso al especificar de modo más detallado el objeto de la acción y el contenido de la acción punible misma, la necesidad de recurrir a cláusulas abiertas para distinguir entre lícitud e ilicitud no desaparece. En el caso de la muerte, en general la exigencia es de "motivos razonables" ([...] art. 6° de la Ley de Protección Animal austriaca, exigencia de capricho o calificaciones similares en el § 222 del Código Penal austriaco [...]), pero el juego con las reglas de castigo del sufrimiento animal permite, en general, incluir calificaciones respecto al modo en que una causación "por motivo razonable" de la muerte es, pese a ello, punible” En: WILENMANN, J. op. cit., pp. 442-443.

habiendo creación de derecho por las decisiones de los tribunales. Dentro de esta tradición, un país al que se le reconoce tener una legislación de protección animal avanzada<sup>41</sup>, además de detallada, es el caso de Reino Unido, el cual en su “Animal Welfare Act” del 2006<sup>42</sup>, diferencia múltiples conductas punibles, como una forma para prevenir el daño a los animales no humanos. En ese sentido se criminaliza conductas tales como, la causación de sufrimiento innecesario, administración de venenos, mutilación, promover peleas de animales, cortar la cola de perros, etc.<sup>43</sup>

Además de lo anterior, dicha ley de bienestar animal especifica las condiciones de punibilidad de estas conductas y los tipos de animal que aplica, los cuales generalmente son los animales vertebrados<sup>44</sup>, a excepción de la sección 4 y 5 que aplica a “animales protegidos”<sup>45</sup>.

De forma similar a los ordenamientos jurídicos anteriormente considerados, la ley del Reino Unido utiliza como técnica legislativa las cláusulas generales en

---

<sup>41</sup> Según el ranking de la “World Animal Protection”, las leyes del Reino Unido contra el sufrimiento animal se les califica al mismo nivel que Alemania o Austria, esto se puede ver en el reporte de esta organización del año 2020. Ver: WORLD ANIMAL PROTECTION (2020), “Índice de protección animal: Reino Unido. [en línea]: [https://api.worldanimalprotection.org/sites/default/files/api\\_2020\\_uk\\_0.pdf](https://api.worldanimalprotection.org/sites/default/files/api_2020_uk_0.pdf) [consulta: 19 de enero 2021].

<sup>42</sup> Animal Welfare Act 2006. UK, 8th November 2006. [en línea]: [https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/45/pdfs/ukpga\\_20060045\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/45/pdfs/ukpga_20060045_en.pdf) [consulta: 20 de Septiembre 2020].

<sup>43</sup> Esto se puede observar en las secciones de la 4 a la 8 de la “Animal Welfare Act” del Reino Unido: “Prevention of harm 4 Unnecessary suffering 5 Mutilation 6 Docking of dogs’ tails 7 Administration of poisons etc. 8 Fighting etc.”.

<sup>44</sup> Sin perjuicio de que se pueda extender la protección a animales invertebrados según el apartado 1 (3) de la “Welfare Animal Act” de Reino Unido, que dice: “[...](3) The appropriate national authority may by regulations for all or any of the purposes of this Act— (a) extend the definition of “animal” so as to include invertebrates of any description; (b) make provision in lieu of subsection (2) as respects any invertebrates included in the definition of “animal”; (c) amend subsection (2) to extend the application of this Act to an animal from such earlier stage of its development as may be specified in the regulations.”.

<sup>45</sup> Según el artículo 2 de “Welfare Animal Act” de Reino Unido son: “Protected animal” An animal is a “protected animal” for the purposes of this Act if— (a) it is of a kind which is commonly domesticated in the British Islands, (b) it is under the control of man whether on a permanent or temporary basis, or (c) it is not living in a wild state.”.

figuras penales orientadas a prohibir el sufrimiento del animal. Esto lo podemos encontrar concretamente en la sección cuarta de esta ley, ya que en este caso la realización de la “offence” dependerá de que una acción u omisión (de una persona responsable del animal), cause sufrimiento a un animal que este protegido y que ese sufrimiento sea “innecesario”, usando así una cláusula general de “falta de necesidad”. Frente a esto, sin embargo, la realización de la conducta punible si bien pone el peso en la cláusula de falta de necesidad, la misma sección cuarta presenta un catálogo de consideraciones no taxativa para tener en cuenta para determinar cuando este sufrimiento será innecesario<sup>46</sup>. Esto permite limitar la posible función que podría tener dicha cláusula para que la conducta que cause sufrimiento sea punible. Además, a pesar de ser un concepto poco determinado, el catálogo entrega a su vez indicios para su interpretación.

Sin perjuicio de las precisiones anteriores, en la misma sección cuarta en su numeral 4 que dice “[...] Nothing in this section applies to the destruction of an animal in an appropriate and humane manner.”, usa expresiones concernientes a las condiciones en que la destrucción de un animal no le sería aplicable esta “offence”. Siendo estas condiciones que dicha destrucción sea “apropiada” o “humanitaria”, los cuales en cuanto a su interpretación son términos abiertos e indeterminados. Mostrando que, a pesar de detallar varias figuras penales, se sigue utilizando cláusulas generales, y aunque esta legislación entregue un catálogo de parámetros que podrían indicar cuando una conducta que cause

---

<sup>46</sup> Esto esta en la sección cuarta (3) que dice “[...]The considerations to which it is relevant to have regard when determining for the purposes of this section whether suffering is unnecessary include— (a) whether the suffering could reasonably have been avoided or reduced; (b) whether the conduct which caused the suffering was in compliance with any relevant enactment or any relevant provisions of a licence or code of practice issued under an enactment [...] 3 (c) whether the conduct which caused the suffering was for a legitimate purpose, such as— (i) the purpose of benefiting the animal, or (ii) the purpose of protecting a person, property or another animal; (d) whether the suffering was proportionate to the purpose of the conduct concerned; (e) whether the conduct concerned was in all the circumstances that of a reasonably competent and humane person”.

sufrimiento al animal es “innecesaria” -referida a la forma de destrucción de los animales-, la precisión de las conductas que podrían corresponderse con esta cláusula se ve reducida por el uso de otros términos no conceptualmente claros.

Un país que contrasta la detallada y organizada ley de bienestar animal del Reino Unido es Estados Unidos de América, país el cual tiene una verdadera red de leyes en cada uno de sus estados. Las cuales se podrían decir que en general están orientadas a proteger a los animales no humanos de tratos crueles o negligentes<sup>47</sup>. Sin embargo, dichas leyes anticrudelistas varían en los niveles estadual y federal, y dependiendo de la gravedad del crimen y otros factores también varía drásticamente la sanción a imponer, pero en la mayoría de los casos los actos punibles bajo estas leyes anticrudelistas, es decir la “offense” serán catalogados como una “misdemeanor” de bajo nivel<sup>48</sup>.

La legislación de este país es compleja, y las figuras penales referidas a los animales dependerá no solo de la categoría del crimen, sino también del tipo de animal, el contexto en que se desarrolla la acción, y los intereses sociales imperantes de cada estado. A pesar de esto, como punto en común entre estados, se puede decir que hay pocas figuras penales en relación con los animales no humanos, los cuales son todavía catalogados como propiedad<sup>49</sup> y en la mayoría de las leyes de bienestar se brinda protección de forma sustancial solo a las mascotas o animales de compañía<sup>50</sup>. Dejando en contraste en un mayor estado de

---

<sup>47</sup> FRASCH, P. y LUND, H. op. cit., p. 1.

<sup>48</sup> En este trabajo se detalla, categorías que aparejan sanciones al realizar la “offense”, se da cuenta que solo la categoría de “felony” apareja como pena de cárcel, y se da un panorama general de las leyes anticrudelista a nivel estadual, presente al año 2011: “[...] however, as of today, forty-six states and the District of Columbia have at least one felony anticruelty law. Only four states—Idaho, Mississippi North Dakota and South Dakota—currently have no felony-level anti-cruelty law.” Ibid, pp. 1-2.

<sup>49</sup> Siendo de vital importancia si el animal tiene el estatus de propiedad, porque esto podría conllevar a que no se apliquen los estatutos anticrudelistas. En: Ibid, p. 8.

<sup>50</sup> Muy brevemente da cuenta de la protección a las mascotas: FAVRE, D. Next Step for animal Rights. *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*. 10(1), 2019, pp. 21-22

desamparo a los animales de granja o de la industria alimentaria, a los cuales por lo general a nivel federal se les excluye expresamente del ámbito de aplicación de la respectiva ley anticrudelista, excepcionando los casos en que se les vaya a matar -centrándose en la forma del “sacrificio”- o van a ser transportados en largas distancias<sup>51</sup>. A pesar de esto algunos autores consideran que hay una mejora en el caso de la ley a nivel estadual<sup>52</sup>.

En relación con los puntos en común, en las leyes anticrudelistas de Estados Unidos hay otra forma en que se ve restringida la extensión de las prohibiciones a nivel estadual y federal. Esto debe precisamente al uso de la técnica legislativa consistentes en cláusulas generales y/o conceptos abiertos, lo que se puede observar por ejemplo en el Código de Georgia en la “offense” de crueldad animal, donde una persona realiza dicha figura, cuando por un acto u omisión causa la muerte, dolor o sufrimiento “injustificadamente” del animal, usando la cláusula general de “injustificabilidad”<sup>53</sup>.

El uso de cláusulas generales también se encuentra presenta en los estatutos revisados de Colorado, que utiliza la cláusula general de “falta de necesidad” al usar las expresiones “innecesariamente” o “sin necesidad” en la figura de crueldad animal, ya que se realizara dicha figura cuando un acto “[...]unnecessarily or cruelly beats” y se realizara su forma agravada cuando: “[...]needlessly mutilates, or needlessly kills an animal”<sup>54</sup>. Otro ejemplo lo

---

<sup>51</sup> FRASCH, P. y LUND, H. op. cit., pp. 9-10.

<sup>52</sup> Ibid, p. 10.

<sup>53</sup> O.C.G.A. § 16-12-4 “2019 Georgia Code TITLE 16 - CRIMES AND OFFENSES CHAPTER 12 - OFFENSES AGAINST PUBLIC HEALTH AND MORALS ARTICLE 1 - GENERAL PROVISIONS § 16-12-4 - Cruelty to animals (b) A person commits the offense of cruelty to animals when he or she causes death or **unjustifiable** physical pain or suffering to any animal by an act, an omission [...]” [en línea] <https://law.justia.com/codes/georgia/2019/title-16/chapter-12/article-1/section-16-12-4> [consulta: 20 de enero 2021].

<sup>54</sup> C.R.S. 18-9-202 “2019 Colorado Revised Statutes Title 18 - Criminal Code Article 9 - Offenses Against Public Peace, Order, and Decency, Part 2, Cruelty to Animals

encontramos en los estatutos de New Jersey en la “offense” de crueldad que también utiliza la cláusula general de “falta de necesidad” ya que se realiza la conducta punible si “[...]needlessly kill a living animal or creature;” o “[...]Inflict **unnecessary** cruelty upon a living animal or creature, by any direct or indirect means”<sup>55</sup>.

En relación con lo anterior, el Código de Iowa que se caracteriza por hacer distinciones como por ejemplo en la figura de negligencia animal, que solo será aplicable a los animales vertebrados, excluyendo animales que no sen ganado, anfibios o reptiles que no sean mascotas entre otros<sup>56</sup>. También recurre al uso de cláusulas generales para hacer punible las conductas que cause dolor, angustia o sufrimiento al correspondiente animal, ya que dicha figura punible se realizara cuando “[...]tortures, deprives of necessary sustenance, mutilates, beats, or kills an animal by any means which causes **unjustified** pain, distress, or suffering”<sup>57</sup>. Utilizando así la cláusula general de “injustificabilidad”.

---

(1) (a) A person commits cruelty to animals if he or she [...] overdrives, overloads, overworks, torments, deprives of necessary sustenance, **unnecessarily** or cruelly beats, [...]

(b) A person commits aggravated cruelty to animals if he or she knowingly tortures, **needlessly** mutilates, or **needlessly** kills an animal.”, p.472 [en línea:] <https://law.justia.com/codes/colorado/2019/title-18/> [consulta: 20 de enero 2021].

<sup>55</sup> NJ Rev Stat § 4:22-17 “2019 New Jersey Revised Statutes 4:22-17 Cruelty; certain acts, crime; degrees. It shall be unlawful to: (1) Overdrive, overload, drive when overloaded, overwork, abuse, or **needlessly kill** a living animal or creature; [...]

(3) **Inflict unnecessary cruelty** upon a living animal or creature, by any direct or indirect means, including but not limited to through the use of another living animal or creature; or leave the living animal or creature unattended in a vehicle under inhumane conditions adverse to the health or welfare of the living animal or creature; [...]”. [en línea:] <https://law.justia.com/codes/new-jersey/2019/title-4/section-4-22-17/> [consulta: 20 de enero 2021].

<sup>56</sup> Según la sección 717B.1 del código de Iowa que define que se entiende por animal, y sin perjuicio de que haya otra figura aplicable al ganado como la de lesiones al ganado en el capítulo 717 del mismo Código. [en línea:] <https://law.justia.com/codes/iowa/2019/title-xvi/chapter-717b/section-717b-1/> [consulta: 20 de enero 2021].

<sup>57</sup> IA Code § 717B.3 “2019 Iowa Code [...]717B.3 Animal neglect. 1. A person who impounds or confines, in any place, an animal is guilty of animal neglect if the person does any of the following:

c. Tortures, deprives of necessary sustenance, mutilates, beats, or kills an animal by any means which causes **unjustified** pain, distress, or suffering.”. [en línea:]

Finalmente, hay que dar cuenta que el uso de cláusulas generales en esta legislación anticrudelista, suele ser complementada con términos ambiguos y especialmente abiertos a su interpretación. Esto lo podemos ver en los Estatutos de Florida, en su figura de crueldad animal donde una de las conductas que pueden realizar la “offense” utiliza la expresión innecesariamente, ya que dicha figura se realiza si “[...] **unnecessarily** overloads, overdrives, torments, deprives of necessary sustenance or shelter, or **unnecessarily** mutilates, or kills any animal”<sup>58</sup> correspondiéndose con la cláusula de “falta de necesidad”. La cual es complementada con el término “inhumano” como otra forma de realización de dicha conducta ya que la misma norma dice: “, [...] or otherwise, any animal in a cruel or **inhumane manner**, commits animal cruelty”, siendo la expresión “de manera inhumana” indeterminada y poco clara conceptualmente.

## 1.2) Análisis de estructura y función de cláusulas generales en delitos de maltrato animal

Una vez mostrado el uso común de estas cláusulas en las decisiones de criminalización plasmadas en los delitos de maltrato animal o de animales, y leyes anticrudelistas, es pertinente examinar la fisonomía que exhiben dichas cláusulas de “injustificabilidad” o “falta de necesidad” como técnica legislativa. Esto con el fin de debelar su estructura y la función que cumplen estas expresiones en la descripción de los correspondientes delitos en los sistemas jurídicos en que dichos delitos se insertan.

---

<https://law.justia.com/codes/iowa/2019/title-xvi/chapter-717b/section-717b-3/> [consulta: 20 de enero 2021].

<sup>58</sup> FL Stat § 828.12 “2019 Florida Statutes, Title XLVI - Crimes Chapter 828 - Animals: Cruelty; Sales; Animal Enterprise Protection 828.12 - Cruelty to Animals. [...] (1) A person who **unnecessarily** overloads, overdrives, torments, deprives of necessary sustenance or shelter, or **unnecessarily** mutilates, or kills any animal, or causes the same to be done, or carries in or upon any vehicle, or otherwise, any animal in a cruel or **inhumane** manner, commits animal cruelty [...]”. [en línea] <https://www.flsenate.gov/Laws/Statutes/2019/828.12> [consulta: 20 de enero 2021].



### 1.2.1) Estructura de cláusulas generales

Cuando se usa el concepto cláusulas generales, se alude por lo general a conceptualizaciones jurídicas que están en el extremo de la abstracción terminológica, debido a lo cual permiten hacer referencia a un amplio número de casos. Estas cláusulas se suelen incluir como una subclase dentro de los conceptos jurídicos indeterminados,<sup>59</sup> Los cuales, a su vez, pueden concebirse como una categoría amplia que incluye cualquier clase de elemento donde haya un especial grado de indeterminación, es decir son expresiones de ámbito y contenido inciertos, lo que se traduce en entregar un amplio margen de discrecionalidad a quien interpreta dicha expresión.

Además de lo anterior se suele vincular a los conceptos indeterminados, con los elementos normativos extrajurídicos de valor, los cuales son elementos que hacen un reenvío a realidades reguladas por normas sociales o culturales y que requieren que el intérprete efectúe un juicio de valor para determinar la extensión semántica del correspondiente término, estando los parámetros de este juicio fuera del ordenamiento jurídico. Esta vinculación se dará cuando dicho juicio no esté delimitado por pautas objetivas y precisas para su resolución<sup>60</sup>.

Ahora bien, siguiendo con la expresión cláusulas generales, Ossandón indica que el hecho de que se aluda a la generalidad y abstracción para caracterizar a estas cláusulas no significa que sean conceptualmente indeterminados<sup>61</sup>, sino más bien apuntan a que en realidad requieren un juicio de valor para su determinación. En este sentido esta autora, descarta la importancia de clasificar las cláusulas generales como un concepto que tenga una estructura propia, ya que “[...]su

---

<sup>59</sup> OSSANDÓN, M. La formulación de tipos penales, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 113-114.

<sup>60</sup> Ibid, p. 111.

<sup>61</sup> Ibid, p. 113.

diferencia con los demás elementos, en torno a la generalidad, abstracción o necesidad de valoración, será, en todo caso, una diferencia de grado, no de especie” diciendo además que la “[...]verdadera significación de las cláusulas generales reside en el sector de la técnica legislativa. En él se caracterizan, por oposición con la técnica de la formulación casuística, porque su generalidad permite hacer referencia a un gran número de casos –que de otro modo habría que enumerar– para someterlos a una misma disciplina, ofreciendo una regulación con pocas lagunas y adaptable a las diversas circunstancias. Precizando más, estas cláusulas ni siquiera se excluyen con el método casuístico, sino que, en no pocas ocasiones, se integran recíprocamente con aquél.”<sup>62</sup>.

En síntesis, las cláusulas generales y los elementos indeterminados son expresiones que operan con pretensión de generalidad y requieren un juicio de valor para llenar su contenido, siendo lo verdaderamente definitorio de las cláusulas generales es que a nivel formal intentan abarcar un gran número de casos.

A este respecto, como se hizo notar en el marco de comparación, las figuras penales que prohíben causar daño al animal no humano ocupan expresiones que calzan con esta caracterización que se entrega de conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales. Como por ejemplo en el caso de la ley de Florida que usa el concepto inhumanamente como una forma de crueldad animal, o la legislación alemana que usa la cláusula “sin motivo razonable” para hacer punibles actos que causen la muerte de los animales no humanos, centrándose así en los posibles motivos del perpetrador los cuales, siguiendo con dicha expresión al no ser precisada, se podría interpretar un gran número de casos.

---

<sup>62</sup> Ibid, p. 114.

En relación con lo anterior, a pesar de que se ha sostenido que estas cláusulas generales solo se diferencien en grado de otros elementos que necesiten ser llenados de contenido o que requieran valoración, estas pueden tener una función especial. Esto ocurre cuando estas cláusulas hacen referencia o un reenvío a la antijuricidad de la posible conducta punible en su descripción típica, como es el caso de la expresión “injustificadamente” que acompaña al daño, dolor o sufrimiento en la descripción del delito maltrato animal chileno. Es el problema de los llamados “elementos especiales de la antijuricidad”<sup>63</sup>. A este respecto, la posible función en un sentido estructural que puede tener esta expresión y su relación con el principio de legalidad ha suscitado que parte de la doctrina le preste una especial atención a su estudio, no siendo claro el alcance de esta remisión a la antijuricidad ni como operaría en su aplicabilidad, habiendo múltiples posiciones a este respecto.

Frente al debate anterior, Ossandón, destaca que, a nivel doctrinal a estos a estos elementos, se les ha llegado a calificar como: “a) una mera referencia genérica a la ausencia de causas de justificación en el hecho b) un especial elemento típico de contenido normativo-jurídico; o c) un elemento que caracteriza más precisamente el tipo el tipo y determina junto con ellos su total antijuricidad”<sup>64</sup>. Además de cuestionar si a cada una de estas hipótesis es posible subsumirlas bajo la categoría de elementos de valoración global del hecho como una subclase de elemento normativo.

Sobre estas dos cuestiones, en cuanto la primera la propia autora entrega su propia opción interpretativa, reconociendo que dependiendo de la valoración jurídica que subyace la norma penal y el bien jurídico que resguarda es posible

---

<sup>63</sup> Ibid, pp.123-124.

<sup>64</sup> Ibid, p. 128.

interpretar diferentes posturas, siendo posible en ese sentido que la expresión de antijuricidad sea una mera referencia a la ausencia de causas de justificación o un elemento que contribuya a fundamentar el injusto penal<sup>65</sup>.

Sobre la segunda cuestión, en el caso de entender la remisión a la antijuricidad bajo elementos de valoración global del hecho, esta última categoría sería incompatible con la mera referencia a la antijuricidad<sup>66</sup>, siendo en cambio compatible con la calificación que la reconoce como un especial elemento del tipo normativo y un elemento que hace referencia a la total antijuricidad de la conducta. Advirtiéndose que en el caso de entender que estos elementos que hacen referencia a la antijuricidad delimiten el injusto típico, cerrando los espacios a la concurrencia de causas justificación, estos serían un elemento de valoración global del hecho especial, en cuanto se distinguiría de los otros elementos normativos en el hecho de que haría colapsar la distinción entre antijuricidad y tipicidad. Recomendando descartar esta opción para mantener separada la tipicidad y la antijuricidad, privilegiando interpretarlos como elementos que

---

<sup>65</sup> Para más detalle ver: Ibid, p. 150.

<sup>66</sup> En este sentido dice: “A partir de este concepto, en el primer caso, cuando una expresión implica sólo una referencia genérica a la ausencia de causas de justificación –circunstancia excluyente del injusto– únicamente podría estimarse comprendida entre los elementos de valoración global en dos supuestos :a) Si se entiende que cuando se mencione expresamente la ausencia de causas de justificación en el tipo, esa sola circunstancia formal lleva a considerar que la antijuricidad pasa a formar parte de la acción típica. Pero esta hipótesis ya ha sido descartada. [...]b) Si se acepta la teoría de los elementos negativos del tipo, según MIR PUIG. Porque si ella se rechaza, “sólo podrán considerarse como tales (elementos de valoración global del hecho) las características que condicionen positivamente la antijuricidad (...) y no obstan a la posible concurrencia de causas de justificación, mientras que quedarán por completo fuera del tipo los elementos que entrañen la ausencia de causas de justificación”. Restricción que no se presenta de conformidad con la teoría de los elementos negativos del tipo cuando se acepta la pertenencia al tipo (negativo) del supuesto de hecho de las causas de justificación. Pese a que MIR PUIG defiende esta solución por la necesidad de tratar de igual modo ambos grupos de elementos, partidarios de esta misma teoría siguen formulando la distinción entre elementos de valoración global del hecho y aquellos que sólo se refieren a la justificación, por lo que el argumento tampoco parece definitivo. La conclusión, por tanto, es que no puede extenderse el concepto de elemento de valoración global del hecho a aquellos elementos que entrañen una mera referencia a la ausencia de causas de justificación.”, en: Ibid, pp. 151-152.

delimiten el injusto típico, sin cerrar los espacios a que concurran causas de justificación<sup>67</sup>.

En definitiva, la discusión respecto a los “elementos especiales de la antijuricidad”, tiene incidencia en entender si dicha cláusula, operaría en el nivel del juicio de tipicidad o antijuricidad, es decir importaría para la estructura que se presenta en las categorías sistemáticas de la teoría del delito dependiendo como se entienda esta cláusula, lo que además tendría consecuencias en el estudio del dolo y en el nivel de aplicación del error de prohibición, y error de tipo.

A pesar de la posible importancia teórica, que pueda tener estudiar en detalle las posibles categorías y formas de las cláusulas que expresen una referencia a la antijuricidad, esto se desviaría del objeto de estudio del presente trabajo. Por lo cual, con el fin de estudiar la función que pueden tener las cláusulas que hacen referencia a la antijuricidad, especialmente la cláusula de “injustificabilidad” respecto a los delitos de maltrato animal, se acotara el objeto de estudio a las principales posiciones interpretación doctrinarias que se han hecho a este respecto. Y además se dará cuenta cual es la función que en general se atribuye a los conceptos indeterminados o abiertos, y las demás cláusulas válvulas en este tipo de delitos.

### 1.2.2) Función general de conceptos jurídicos indeterminados en delitos de crueldad o maltrato animal

La función que *grosso modo* se atribuye a los conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales es la de conferir discrecionalidad para su interpretación. En particular las cláusulas de “injustificabilidad” vienen a reducir

---

<sup>67</sup> Ibid, pp. 153-154, 158-159.

la extensión de comportamientos a los que podrían aplicarse las prohibiciones orientadas a evitar el daño, dolor, sufrimiento o la causación de muerte de los animales no humanos en los correspondientes delitos. Esto lo podemos ver también en el caso de las cláusulas de “falta de necesidad” de las leyes anticrudelistas de Estados Unidos, las cuales se introducen usualmente para prohibir que se cause sufrimiento a los animales. A este respecto se ha dicho acertadamente que el término “necesidad” permite una interpretación muy amplia que se traduce en que el trato hacia los animales tenga muy pocas restricciones legales<sup>68</sup>.

En relación con lo anterior, a estas cláusulas generales en delitos de maltrato animal se les pone el peso interpretativo para delimitar la licitud o ilicitud de las posibles conductas -aunque no de forma exclusiva- que puedan significar la realización de daño al animal no humano<sup>69</sup>. Esto se puede observar claramente en delito de maltrato animal chileno, que hace punible el daño, dolor o sufrimiento dirigido hacia el animal cuando se realice “injustificadamente”, ya que en este caso se pone todo el peso en la cláusula de “injustificabilidad” para determinar la licitud o ilicitud de todas las posibles conductas que puedan causar estos resultados<sup>70</sup>. Abarcando así una enorme cantidad de interacciones de distinta naturaleza en las que se incluye todo tipos de animales, que puedan causar daño, dolor o sufrimiento, como la caza, la experimentación con animales, la lesión de animales, la industria ganadera, etc.

---

<sup>68</sup> Un ejemplo sería la protección restringida que sufren los animales en la industria alimentaria, esto se puede ver en detalle en: BRYANT T. y SULLIVAN M. Why American Animal-Protective Legislation Does Not Always “Stick” and the Path Forward. En: HILD S. y SCHWEITZER L. (Eds.). Animal Welfare: From Science to Law. Paris, La Fondation Droit Animal, Éthique et Sciences (LFDA), 2019, p. 77.

<sup>69</sup> WILENMANN, J. op. cit., p. 440.

<sup>70</sup> Ibid, p. 443.

Por supuesto, el peso de la demarcación puesto en la cláusula general se ve disminuido -aunque no desaparece-, en los países con legislación más detallada respecto a prohibiciones que causen daño al animal no humano. Los cuales distinguen y especifican el ámbito de aplicación de dicha conducta como el Reino Unido, ya que como se analizó anteriormente regula una multitud de actividades con relación a estos seres. En ese sentido, hay países que también diferencian los tipos de animales que son objeto del delito, utilizando ya sea criterios biológicos por ejemplo entre animales vertebrados o invertebrados como es el caso de Alemania o Austria, o más bien se les diferencia por el estatus que le otorga la sociedad como en España prohibiendo así conductas que afecten mascotas, animales amansados o de compañía. También hay países que hacen distinciones referidas a la acción punible diferenciado así entre los motivos de la causación de la muerte del animal y las condiciones para causar el sufrimiento punible como es el caso alemán y austriaco.

Siguiendo con la función de la cláusula general de “injustificabilidad” chilena, como representación de un país con regulación menos detallada respecto a los delitos relacionados con animales no humanos, este concepto cumple todas las funciones al mismo tiempo. Delimita las condiciones justificables de causación de daño o sufrimiento, los motivos y condiciones justificables de causación de muerte. En este sentido Wilenmann ha argumentado que “En su mejor versión, la decisión de concentración de funciones puede interpretarse como una decisión por exigir copulativamente corrección de motivos y corrección de modos de producción (de la muerte o de lesiones) para dar cuenta de la licitud de la acción correspondiente”<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Ibid, p. 444.

En definitiva, estas cláusulas generales o conceptos abiertos, que se caracterizan por su indeterminación, buscan abarcar la generalidad de conductas, motivos y clases de animales objeto del delito cuando no hay parámetros legalmente establecidos en los posibles delitos en que se cause daño, dolor o sufrimiento al animal no humano, delegando al aplicador la función de determinar de la licitud o ilicitud de la posible conducta a través de un juicio de valor.

### 1.2.3) Función de cláusulas de reenvío a la antijuricidad como mera referencia a causas de justificación

Una primera forma de entender las cláusulas generales que hacen referencia a la “injustificabilidad”, es que su presencia en las normas penales es superflua, siendo meras cláusulas de llamada a la antijuricidad, lo que puede interpretarse siguiendo a Ossandón -que analiza a Roxin sobre esta materia- que dice: “Esta referencia a la antijuricidad, por lo tanto, ha de entenderse hecha a la general antijuricidad de la conducta típica, representada por la ausencia de las, también genéricas, causas de justificación, sin que la cláusula correspondiente pertenezca al tipo”<sup>72</sup>. Siendo la función de esta cláusula un mero recordatorio al aplicador de comprobar la ausencia de causas de justificación para determinar la punibilidad del comportamiento en el caso concreto, sin ser un elemento especial del tipo.

A este respecto Ossandón agrega que se podría asignar un sentido especial a la mención expresa a la ausencia de causas de justificación, en el sentido de que, desde una perspectiva formal por haber sido introducida esta referencia en el tipo, la antijuricidad formaría parte de este. Teniendo incidencia en el juicio de tipicidad y antijuricidad, ya que si no concurre la antijuricidad exigida por el tipo

---

<sup>72</sup> OSSANDÓN, M. op. cit., p.129.



-incluyendo a este respecto la ausencia de causas de justificación- la conducta sería atípica, pero descarta esta interpretación por ser en exceso formalista y porque llevaría a extender el estudio del dolo al conocimiento de la prohibición misma, confundiendo la categoría de error del tipo y error de prohibición<sup>73</sup>.

A pesar de la crítica anterior, esta posición parece ser sugerida por Mesías en cuanto a la función que cumple la cláusula “injustificabilidad” en el delito de maltrato de animales español. En este delito se castiga a quien “maltrate **injustificadamente**, causándole lesiones” a un animal, y según Mesías: “La acción típica del delito de maltrato de animales es precisamente un “maltrato injustificado”, lo cual implica que existen causas de justificación para este delito, es decir, que es posible un maltrato justificado, y que este maltrato justificado es atípico”<sup>74</sup>. Y luego agrega que para determinar cuándo se entiende justificado el maltrato hay que determinar las situaciones en que se configure la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio legítimo de un derecho u oficio en relación a este delito<sup>75</sup>, equiparando así el juicio de antijuricidad -y la presencia de causas de justificación- con el juicio de tipicidad.

En contraste a lo anterior, si la mención de la antijuricidad introducidas por estas cláusulas, se le otorga la función de ser un mero recordatorio de verificar la ausencia de causas de justificación, es decir si se interpreta que la cláusula de “injustificabilidad” no hace colapsar a nivel sistemático el juicio de tipicidad y la antijuricidad, se debería entender lo “injustificado” de la conducta precisamente en el nivel de la antijuricidad. Por lo que se tendría que analizar en cada caso la aplicación de causas de justificación generales, como puede ser el ejercicio legítimo de un derecho (como puede ser el de propiedad), el ejercicio legítimo de

---

<sup>73</sup> Ibid, pp. 130-131.

<sup>74</sup> MESÍAS, J. op. cit., pp. 98-99

<sup>75</sup> Ibid, p. 99.

la autoridad, teniendo en todo caso que ser ponderado por el juzgador los límites del ejercicio de derecho que se invoque y examinar las normas sectoriales u otras disposiciones legales que se refieran a este respecto<sup>76</sup>. Siendo más problemático, la aplicación de otras causas de justificación como la legítima defensa, ya que como bien indica Mesías en el delito de maltrato de animales español su aplicación debería matizarse ya que: “En primer lugar, la agresión que se repele “ha de provenir necesariamente de actos humanos y ha de provenir del mismo sujeto frente a quien se dirige la defensa”. Esta circunstancia no tiene importancia en el caso de que una persona utilice al animal como medio para agredir, pero en los demás casos la cuestión no está clara”<sup>77</sup>.

En sentido similar a lo anterior, Wilenmann hace una advertencia sobre el problema de la aplicación de la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo en referencia al delito de maltrato animal chileno. Esto debido a que la aplicabilidad de dichas causas de justificación está supeditada, en el caso de la legítima defensa a que esta verse sobre una agresión ilegítima, mientras que en el caso del estado de necesidad agresivo el daño que se permite causar debe referirse a la propiedad ajena. Surgiendo así el problema en los casos que se causare un mal a animales que no sean propiedad de nadie, ya que no se dañaría propiedad ajena en el sentido del estado de necesidad agresivo, ni se repelería una agresión ilegítima, ya que este autor argumenta que solo los seres humanos pueden realizar dicha agresión<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> A este respecto es interesante el análisis que hace Guzmán Dalbora sobre la categoría general de causas de justificación en el delito de maltrato animal previamente a que se incluyera el art 291 ter que introdujo el uso de la cláusula de injustificabilidad en el delito de maltrato animal chileno. Véase: GUZMÁN DALBORA, J.L. op. cit., pp. 242-250.

<sup>77</sup> MESÍAS, J. op. cit., p. 99.

<sup>78</sup> Más detalle en: WILENMANN, J. op. cit., pp. 434-436.

Finalmente, en el análisis de la legislación comparada, un autor que reconoce que la función de las cláusulas de “injustificabilidad” es ser una mera referencia a la antijuricidad de la conducta, es Chiesa el cual trabaja con las “offenses” presentes en las leyes anticrudelistas de Estados Unidos. Aclarando que este tipo de “offense” tienen una estructura inculpatoria, donde el sufrimiento causado a los animales puede contar legalmente como un daño legalmente relevante, y exculpatoria donde lo importante es que habría razones legales que justificarían que se inflija dolor al animal<sup>79</sup>. Remarcando que los crímenes a ser punibles operan estos dos niveles, es decir una conducta que cause daño al animal podría satisfacer el nivel de inculpabilidad pero no sería punible si hay una razón en el nivel exculpatorio para que dicha conducta este justificada, remarcando así que “The presence of justificatory conditions such as self-defense or necessity transforms the actor’s prima facie wrongful act into conduct that is, all things being considered, not wrongful”<sup>80</sup> En este sentido Chiesa da cuenta que en los códigos penales se suele distinguir claramente entre la “offense” y las justificaciones de dicho conducta, usualmente mediante la división de estos códigos en una parte especial y una parte general respectivamente, pero que esto no siempre es así, siendo las leyes anticrudelistas problemáticas ya que precisamente no hacen esta distinción claramente<sup>81</sup>.

Sin embargo, Chiesa remarca que esta distinción es “supra-legal”, y que los casos en que las leyes anticrudelistas incluyen la justificación dentro de la “offense” se debe a una mala técnica legislativa. Teniendo que diferenciar ambos niveles, ya que si entiende la justificación como parte de la “offense” sería una

---

<sup>79</sup> CHIESA, L. Why is it a Crime to Stomp on a Goldfish? — Harm, Victimhood and the Structure of Anticruelty Offenses. *Mississippi Law Journal*. 78(1), 2008, p. 41.

<sup>80</sup> *Ibid*, p. 42.

<sup>81</sup> Este autor, desarrolla esta idea en detalle al analizar las leyes anticrudelistas de California, y da una guía para diferenciar expresiones que pertenezcan a la “offense” y las justificaciones en: *Ibid*, pp. 48-52.

interpretación errada y poco clara, ya que la distinción entre “offense” y sus justificaciones deben permitir apreciar la estructura general de los hechos punibles y no ser meras etiquetas sin ningún efecto<sup>82</sup>.

#### 1.2.4) Función de cláusulas de remisión a la antijuricidad como elemento de valoración global del hecho

La segunda forma de entender la función de las cláusulas generales que hacen un reenvío a la antijuricidad sería el caso en que dicho reenvío serviría para delimitar su injusto específico, conteniendo así un juicio de valor radicado en el ámbito de la antijuricidad, pero sin que abarque la configuración de la categoría general de las causas de justificación<sup>83</sup>. Entendido así las cláusulas generales en los delitos de maltrato o crueldad animal sería solo otro elemento normativo incluido en la descripción típica al igual que las demás expresiones que pudiera tener el delito, requiriendo así un juicio de valoración judicial, cultural, social o técnico para verificar su realización. Siendo congruente con clasificar estas cláusulas como un elemento de valoración global del hecho, la cual es una subcategoría de los elementos normativos, pero que se diferencian de estos últimos según Ossandón en que su remisión y por ende posterior valoración va dirigida a la generalidad del ordenamiento jurídico, mientras que los demás elementos normativos tienen una remisión específica<sup>84</sup>.

Esta explicación de la función que cumplen las cláusulas generales es compatible en el delito de maltrato animal chileno con la postura de Besio, que parece sugerir que el término “injustificadamente” incorporada en la descripción típica del art. 291 ter -el cual precisa el contenido del delito de maltrato o crueldad

---

<sup>82</sup> Ibid, p. 50.

<sup>83</sup> En este sentido caracteriza esta segunda función en congruencia con la recomendación de Ossandón entregada en la sección supra 1.2.1.

<sup>84</sup> Para más detalle: OSSANDÓN, M. op. cit., pp. 152-154.

animal - podría entenderse como un elemento normativo del tipo, ya que dicha expresión tendría que ser dogmáticamente reconducida al nivel de la tipicidad y no de la antijuricidad. Esto lo hace al dar cuenta que la expresión “injustificadamente” si se interpreta a contrario sensu, debe entenderse como una forma de adecuación social de la conducta, la cual sería un límite a la tipicidad del delito teniendo incidencia en entender la configuración de actos de maltrato<sup>85</sup>. Es decir, la función de la expresión “injustificadamente” en el delito de maltrato animal chileno podría referirse a un juicio de valor congruente con la adecuación social de la conducta.

En relación con lo anterior en el delito de maltrato de animales español (anterior al cambio legislativo de 2015), Hava sugiere una posición similar. En el sentido de que el término “injustificadamente” que acompaña la descripción típica de dicho delito podría ser un elemento del tipo y no una mera referencia a causas de justificación, en el siguiente pasaje: “[...]la conducta de maltratar debe realizarse *“injustificadamente”*, lo que significa dejar al margen de la intervención penal aquellos supuestos que si bien serían susceptibles de ser calificados como maltrato a animales hoy por hoy son socialmente aceptados, siempre que se desarrollen en determinadas condiciones establecidas legalmente [...]”

Fuera de los supuestos legales, deberá tenerse presente que la única manera de dar validez jurídica (esto es, de justificar penalmente) a un maltrato es precisamente determinar cuál es el objetivo del maltrato, de forma que sólo si se maltratara al animal para evitar lesiones o peligros graves e inminentes para

---

<sup>85</sup> BESIO, M. op. cit., pp. 278-279, 292-293.

bienes jurídicos protegidos penalmente con una intensidad igual o mayor podrá entenderse que el comportamiento está justificado”<sup>86</sup>.

Siguiendo el pasaje anterior, se puede interpretar de este, que el término “injustificadamente” en el antiguo delito de maltrato de animales español opera en dos sentidos distintos. En un primer sentido lo justificado de la conducta puede ser interpretado a contrario sensu, como un requisito de adecuación social en las conductas que realicen fenoménicamente maltrato de animales, dejando abierta la posibilidad de entender “injustificadamente” en un segundo sentido que haga referencia a las reglas generales y el uso de causas de justificación. Esto último se puede ver cuando Hava entiende que lo justificado del maltrato de animales puede realizarse también cuando sea necesario para resguardar un bien jurídico de mayor valor social, lo que parece reconducirnos a la figura del estado de necesidad como causa de justificación.

En síntesis, si entendemos que el reenvío a la antijuricidad en estos tipos de delitos es un elemento de valoración global del hecho, los cuales se distinguen por convertir en un requisito de la tipicidad la satisfacción de una valoración que puede estar en la generalidad del ordenamiento jurídico. La función que cumplen las cláusulas de “injustificabilidad”, es que precisamente requieren un juicio de valor, el cual podemos entender -usando las palabras de Besio- como una forma de adecuación social. Lo que haría que conductas que causen daño, dolor o sufrimiento a animales no humanos sean lícitas bajo delitos como el de maltrato animal chileno.

---

<sup>86</sup> HAVA GARCÍA, E. La protección del bienestar animal a través del derecho penal. Estudios Penales y Criminológicos. 31, 2011, pp. 300-301.

### 1.3) Interpretación y explicación del uso de cláusulas en delitos de maltrato animal

La estructura y las posibles funciones de estas cláusulas generales en delitos de maltrato animal, desde un punto de vista del diseño institucional, no indican cuál es la interpretación más adecuada de estas expresiones, ni suelen explicar el motivo por el cual están presentes en este tipo de delitos. Es por esto, por lo que a continuación se sugerirá una serie de parámetros para interpretar estas cláusulas generales enmarcadas en la legislación anticrudelista y delitos de maltrato animal, y se responderá porque el legislador recurre a esta técnica legislativa en relación con los animales no humanos.

#### 1.3.1) Parámetros para interpretar cláusulas generales

Dado que las cláusulas generales se caracterizan por ser indeterminadas, y de atribuírseles diversas funciones (según como se les interprete) cuando hacen una referencia a la antijuridicidad, y en los delitos de maltrato animal se suele poner (aunque no de forma exclusiva) el peso interpretativo en estas cláusulas para determinar la licitud o ilicitud de un gran número de conductas relacionadas a los animales no humanos. Se deja la determinación del contenido de dichas expresiones a la judicatura, la cual deberá tener en cuenta todas las normas que regulan la relación de los seres humanos con los animales no humanos, en particular la legislación que busca protegerlos, las conductas que puedan subsumirse como maltrato, y en general las distinciones en las leyes de bienestar animal. Adquiriendo gran importancia el precedente judicial en los países que se adscriban a sistemas jurídicos donde predominen por sobre la legislación<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> Dado que permite construir criterios judiciales para interpretar la realización del delito.

Sin embargo, en países con una regulación poco detallada en relación con los animales no humanos, y que no se circunscriben a una cultura jurisprudencial como la mencionada anteriormente, este peso se ve aumentado. Esto lo podemos ver en ordenamientos jurídicos que ocupan una sola cláusula general, como el delito de maltrato animal chileno y su cláusula “injustificadamente”, la que queda sujeta a un juicio de valor que deberá tener en cuenta la adecuación social de las conductas en relación con animales no humanos para su interpretación. Dejando en definitiva la determinación, y el establecimiento de parámetros para la interpretación de esta cláusula a la doctrina y la jurisprudencia<sup>88</sup>.

En relación con lo anterior se propondrá una serie de parámetros orientados a facilitar la labor de interpretación de cláusulas generales, teniendo en cuenta que cuando hacen un reenvío a la antijuricidad pueden tener múltiples funciones. En este sentido un autor que hace una propuesta interpretativa, para entregar un contenido a la cláusula de “injustificabilidad” en el delito de maltrato animal chileno, es Wilenmann. Su propuesta tiene como base el derecho legislado de este país, proponiendo un “test” en el cual atribuye a dicha cláusula de “injustificabilidad” una triple función<sup>89</sup>.

En primer lugar, el futuro aplicador para verificar la realización de dicho término deberá considerar si hay posibles causas de justificación especiales referidas a los animales no humanos, las cuales se pueden encontrar en la regulación sectorial de actividades como: la ganadería, caza, pesca, actividades recreativas, de experimentación de animales y en general toda regulación que contemple casos en que se pueda causar daño a los animales no humanos. En segundo lugar, se deberá tener en consideración la categoría común de causas de

---

<sup>88</sup> Similar es el caso del delito de maltrato animal chileno, como bien da cuenta: LEIVA, C. op. cit., p. 424. Y WILENMANN, J. op. cit., pp. 444-445.

<sup>89</sup> WILENMANN, J. op. cit., p. 446.



justificación. Finalmente se deberá aplicar un juicio general de “justificabilidad”, en este sentido este autor determina que este juicio general ocurre cuando no hay referencia por analogía a normas concretas y la determinación de la “justificabilidad” queda ligada a los valores presentes en la práctica social de ciertas actividades<sup>90</sup>.

Si analizamos las tres funciones que se pueden atribuir a esta cláusula general en dicho “test”, las primeras dos funciones servirán como un reenvío a la falta de configuración de causas de justificación (especiales y general respectivamente), lo que desde un punto de vista lógico como se dio cuenta al analizar la estructura formal de estas cláusulas haría que estas funciones estuviesen referidas a una expresión redundante, siendo un mero recordatorio al posible aplicador a la existencia de causas de justificación, operando en el nivel de la antijuricidad.

En cambio, si analizamos la tercera función que atribuye este autor a la cláusula de “injustificabilidad”, dado que su configuración queda supeditado a prácticas sociales, y que más bien parece ser una exigencia que tendría que ser reconducida al nivel de la tipicidad y no la antijuricidad parece corresponderse a la función que podrían tener estas expresiones como un elemento normativo del tipo. Siendo congruente entender que dicha sujeción a prácticas sociales se pueda equiparar a un margen de adecuación social. Además de esto si dicha adecuación apareja un juicio global se podría caracterizar más precisamente con un elemento de valoración global del hecho.

En relación con lo anterior, dado que las primeras dos funciones con las que se puede entender la cláusula de “injustificabilidad”, al operar en el nivel de la antijuricidad no harían ninguna diferencia en la estructura de la teoría del delito al ser un reenvío superfluo, desde un punto de vista lógico sería mejor quedarse

---

<sup>90</sup> Ibid, pp. 446-448.

con una interpretación única o unívoca de la cláusula. En este sentido dado que la tercera función al entender dicha cláusula como un elemento de valoración global del hecho que opera al nivel de la tipicidad haría una diferencia relevante en su interpretación para que se vea configurado el respectivo delito, se tendrá en cuenta esta función.

Siguiendo este razonamiento, si caracterizamos las cláusulas generales como un elemento de valoración global del hecho, el aplicador deberá tener en cuenta la generalidad del ordenamiento jurídico para que se vea configurada dicha cláusula. A pesar de esta acotación en cuanto la función, el problema sigue en la indeterminación de la cláusula. Frente a esto Wilenmman da cuenta que el juicio de valoración en la literatura comparada tiene “lugar por medio de procedimiento estandarizados de razonamiento respecto de reglas de contenido indeterminado y conflictivo”<sup>91</sup>, ejemplificando a la vez que en Alemania se hace referencia a un juicio de ponderación global de intereses afectados y satisfechos al dar muerte al animal, dando un amplio margen de discrecionalidad judicial el cual puede ser controlado por el uso del precedente judicial. Sin embargo, esto no pasa en Chile para interpretar como realizada la cláusula “injustificadamente” en el delito de maltrato animal. Es por esto, que este autor sugiere, que el aplicador debe tener en cuenta que el medio y el fin sea adecuado para que la causación de daño, dolor o sufrimiento al animal no humano sea justificada o injustificada. Ligándose el juicio relativo al fin con los motivos de la producción del resultado mientras que los juicios del medio se refieren al modo de producción del resultado<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> Ibid, p. 448.

<sup>92</sup> Ídem.

No obstante, las sugerencias anteriores para restringir la interpretación de las cláusulas generales, más específicamente la cláusula de “injustificabilidad”, el contenido sigue siendo indeterminado. A este respecto desde un punto de vista de coherencia legislativa, teniendo en cuenta que los delitos de maltrato animal o leyes anticrudelistas se deben insertar de forma armoniosa en la totalidad de un sistema jurídico, se podría usar como parámetro de interpretación de dichas cláusulas los estándares valorativos a los que se adscribe dicho sistema. En este sentido la prohibición de conductas que puedan causar daño, dolor o sufrimiento al animal no humano deben convivir con el hecho de que la misma legislación que las contempla presupone el funcionamiento de actos que producen resultados dañinos para estos seres, como ocurre en los mataderos, la experimentación en animales, la caza, la pesca, etc.

En relación con los valores de la totalidad de los sistemas jurídicos que contemplan delitos de maltrato animal y que al mismo tiempo permite causarles daños a estos seres, es pertinente tener a la vista cual es el fundamento para regular deberes positivos y negativos en relación con los animales no humanos. En ese sentido Regan sugiere que el fundamento de dichos deberes es prevenir el sufrimiento innecesario<sup>93</sup>, que como se podrá observar en la legislación comparada a nivel de semántica, este mismo término se ocupa explícitamente en la descripción de algunas leyes anticrudelistas o de maltrato animal, en el sentido de ser una conducta prohibida y configurándose como una cláusula de “falta de necesidad”.

Respecto a esta expresión, este autor reconoce que es un término ambiguo, pero entrega dos maneras en que se puede interpretar, en un primer sentido que

---

<sup>93</sup> REGAN, T Cruelty, Kindness, and Unnecessary Suffering. *Philosophy*. 55(214), oct. 1980, pp. 537-538.

denomina “factual” se refiere a la necesidad del sufrimiento como una vía para conseguir un fin. En ese sentido se entiende la “necesidad” en términos más bien cuantitativos y neutros moralmente, solo se aceptará el sufrimiento que sea adecuado para conseguir un fin, siendo innecesario cuando el fin se pueda causar sin irrogar sufrimiento o haya un exceso en el sufrimiento causado para conseguir dicho fin<sup>94</sup>. El primer sentido de “necesidad” del sufrimiento se diferencia del segundo, el cual denomina “moral”, la “necesidad” en este caso se entiende suscrita a una base moral que justifique la acción que irroga sufrimiento<sup>95</sup>, es decir se refiere a que el sufrimiento deberá estar justificado moralmente.

Siguiendo con esta línea argumentativa Regan reconoce que se puede entender innecesario el sufrimiento a partir de ambos sentidos al mismo tiempo, no son sentidos excluyentes, también puede suceder que sea necesario el sufrimiento en un sentido, pero innecesario en el otro. Aclarando además que los procedimientos para determinar cuando el sufrimiento es necesario en un sentido factual difieren del sentido moral, dependiendo el último de justificaciones morales referidas al objetivo del sufrimiento y su forma<sup>96</sup>.

Si tenemos en cuenta la prevención del sufrimiento innecesario como fundamento para establecer deberes negativos a favor de los animales no humanos, debe ser coherente con los estándares valorativos de los ordenamientos jurídicos en que se inserta los delitos de maltrato al animal. Parece ser que el límite para dirimir cuando un sufrimiento es necesario, y por ende los actos de maltrato o crueldad queden justificados, atiende al sentido factual que menciona Regan. Es decir, la conducta que cause daño dolor o sufrimiento deberá

---

<sup>94</sup> Ibid, p. 538.

<sup>95</sup> Ídem.

<sup>96</sup> Ídem.

entenderse necesaria cuando dichos resultados sean adecuados para alcanzar los objetivos permitidos por el ordenamiento jurídico, por ejemplo, en la industria ganadera, solo se castigaría el sufrimiento causados a estos animales cuando haya un exceso que no sea necesario para su explotación como alimento, como puede ser someter al animal a un dolor intenso por varias horas antes de matarlo, pudiendo dársele una muerte rápida e indolora con previo aturdimiento. También puede ocurrir que el sufrimiento sea innecesario cuando se haga sufrir al animal sin tener en cuenta ningún fin válido.

Estas dos formas de entender el sufrimiento necesario como un deber negativo para los seres humanos, que fundamenta delitos como el de maltrato animal chileno, permite darnos cuenta a partir los valores de los sistemas jurídicos que contemplan dichos delitos, que el sufrimiento necesario en un sentido moral ya se encuentra validado al considerar al animal como un recurso al ser explotado. Es decir, los fundamentos morales que justifican la norma ya están dados, y el aplicador deberá encargarse de interpretar estas cláusulas generales solo teniendo en cuenta el sufrimiento necesario en sentido factual como parámetro. Esto no obsta que se pueda criticar en el plano moral los fundamentos que dan nacimiento a estos delitos, y la consideración del animal no humano como un mero recurso dado el estatus moral que podría adscribirse a estos seres, siendo esta una cuestión que se revisara en detalle en las siguientes secciones de este trabajo.

### 1.3.2) ¿Por qué se utilizan estas cláusulas en la tipificación de los delitos de maltrato animal?

Para entender el motivo por el cual se utilizan cláusulas generales en delitos de maltrato animal, es pertinente tener en cuenta la categoría de técnica legislativa como una herramienta teórica, ya que, si bien la técnica legislativa está dirigida

inmediatamente al legislador como herramienta para la creación de normas, puede servir para evaluar la coherencia e integración de este tipo de delitos en los diversos ordenamientos y reconstruir la mentalidad del legislador. Lo que permite mostrar en su mejor versión si el uso de estas cláusulas se adecua a los fines que este quería lograr con la respectiva decisión de criminalización.

En este sentido, será pertinente aclarar qué se entiende por técnica legislativa. Siguiendo a Navarro, técnica legislativa se puede definir como una rama dentro de la teoría de la legislación<sup>97</sup> que se encarga de la formulación de la decisión legislativa y de su configuración optima, encargándose de la forma de la ley. Esta labor se hará una vez ya adoptada la correspondiente decisión legislativa, mediante la inserción optima de dicho mensaje normativo de forma coherente en el ordenamiento jurídico, es decir la técnica legislativa busca trasladar de forma óptima la decisión de criminalización (en caso del derecho penal) a términos jurídicos. Esta explicación, es congruente si seguimos la definición de Ossandón, donde técnica legislativa, es una parte de la teoría de la legislación que se ocupa de la redacción de normas, buscando una correcta elaboración de la ley, abarcando múltiples cuestiones, como el lenguaje, formalidad, materia procedimental y aspectos de fondo como lógica entre normas, su sistematización, etc<sup>98</sup>. Destacando que la calidad de las normas no depende solo de sus propiedades internas sino de la idoneidad para alcanzar sus objetivos de forma integrada al ordenamiento jurídico<sup>99</sup>.

Además de lo anterior, la técnica legislativa se caracteriza por presentar distintos niveles de racionalidad, esta clasificación no es armoniosa en la doctrina

---

<sup>97</sup> NAVARRO, I. Técnica legislativa y derecho penal. Estudios Penales y Criminológicos. 30, 2010, p. 230. En un mismo sentido la define Ossandón en: OSSANDÓN, M. op. cit., p. 33.

<sup>98</sup> OSSANDÓN, M. op. cit., pp. 32-33.

<sup>99</sup> Ibid, p. 33.

presentándose importantes diferencias<sup>100</sup>, teniendo que destacar el nivel de la racionalidad jurídico-formal, ya que dicha racionalidad, según Navarro, se encarga de que la “nueva decisión legislativa pueda insertarse de forma armoniosa y coherente en el ordenamiento jurídico y que los concretos preceptos estén configurados de una manera adecuada a los fines que persiguen y los valores que los inspiran”<sup>101</sup>. Persiguiendo así en este nivel la sistematicidad y coherencia del ordenamiento jurídico, la cual no solo se tiene que verificar en un plano lógico, sino que también de forma axiológica y teleológica<sup>102</sup>. En este sentido hay que dar cuenta que esta técnica al tener la misión de reproducir principios y fines en una norma<sup>103</sup>, no se puede separar la “forma” de manera tajante del contenido de la respectiva decisión de legislación<sup>104</sup>.

En relación con lo anterior, desde el punto de vista de la racionalidad jurídico-formal, si tenemos en cuenta el contexto en que se introducen los delitos de maltrato animal o la legislación anticrudelista, hay que dar cuenta que estos delitos tienen que convivir con un marco donde los animales humanos son usados como recursos a ser explotados por los humanos, como se explicó en la sección anterior.<sup>105</sup> Si estos delitos deben ser congruente con esta realidad, dichos delitos estarán limitados por los intereses humanos de propiedad sobre estos seres, u otros intereses que los seres humanos consideren más importantes. Siendo esto lo que el legislador debe tener en cuenta, en el nivel de la

---

<sup>100</sup> Navarro destaca dos niveles de racionalidad en: NAVARRO, I. op. cit., pp. 236-237. Atienza en cambio, destaca 5 tipos de racionalidades en: ATIENZA, M. Contribución para una teoría de la legislación. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 1(6):385-405, 1989. [en línea]: <https://doxa.ua.es/article/view/1989-n6-contribucion-para-una-teoria-de-la-legislacion> [consulta: 23 septiembre 2020].

<sup>101</sup> NAVARRO, I. op. cit., p. 237.

<sup>102</sup> Esto en cuanto la inserción armoniosa de la norma con el ordenamiento jurídico. En: Ibid, p. 248.

<sup>103</sup> Ibid, p. 237.

<sup>104</sup> Ibid, p. 239.

<sup>105</sup> Lo que se puede claramente en países como Chile que considera a los animales bajo el estatus de bienes muebles. Según el art. 567 del Código Civil de Chile.

racionalidad jurídico-formal, al redactar los delitos de maltrato animal, no siendo sorprendente que ocupe como técnica legislativa conceptos indeterminados<sup>106</sup>, y cláusulas generales que se caracterizan por intentar abarcar el mayor número de casos. Además, como se dio cuenta en secciones anteriores las cláusulas generales pueden tener la función de restringir la extensión del tipo.

Dicho de otra manera, si partimos de la premisa de que el legislador solo busca prohibir conductas que causen daño a los animales de forma parcial para ser coherentes con el estatus de propiedad de estos seres, será necesario una técnica legislativa que no sea la suficientemente disruptiva en los delitos de maltrato animal. Lo que se puede lograr con conceptos indeterminados, los cuales otorgan al interprete un gran nivel de discrecionalidad para limitar el ámbito de aplicación de dichas prohibiciones, y con cláusulas generales que delimite la licitud o ilicitud de una gran cantidad de conductas que puedan causar daño, dolor o sufrimiento al animal. Esta explicación, es sin perjuicio de la ideología que motiva la creación de estos ilícitos, la cual se analizara en detalle en la siguiente sección.

---

<sup>106</sup> Navarro en este sentido destaca los posibles motivos por el cual el legislador puede decidir usar una técnica legislativa ambigua: “Tampoco pueden olvidarse los casos, frecuentes en la práctica, en los que las irracionalidades en los niveles lingüístico o jurídico-formal —los fallos en la forma de la ley— lejos de ser errores del legislador, son queridos y calculados por el mismo para lograr determinados fines. Por ejemplo, aquellos supuestos en los que se redacta una ley de forma muy vaga o ambigua porque sólo de esta manera se puede lograr el consenso político necesario para su aprobación; o bien, los casos en los que el legislador se vale intencionadamente de cláusulas muy amplias que desplazan al juez la responsabilidad de dirimir el problema de fondo al ponerse en contacto con las circunstancias del caso concreto. En estos casos, una técnica legislativa neutral y acrítica respecto de los fines perseguidos por el legislador se limitaría a dar directrices al mismo acerca de cómo redactar la ley de la manera más amplia y ambigua posible para lograr tales objetivos de consenso político o de desplazamiento de la responsabilidad al juez, sin cuestionárselos”. En: *Ibid*, p. 240.



## **2) ANÁLISIS CRÍTICO, E IDEOLOGÍA PRESENTE EN EL USO DE CLÁUSULAS GENERALES COMO TECNICA LEGISLATIVA EN DELITOS DE MALTRATO ANIMAL**

Una vez reconstruida la técnica legislativa, y los puntos en común presentes en la generalidad de los delitos de maltrato animal o leyes anticrudelistas de múltiples ordenamientos jurídicos desde una perspectiva descriptiva y formal, se puede concluir que la posible protección que otorga el derecho a los animales no humanos, desde un punto de vista que tenga en cuenta los estándares valorativos de dichos sistemas jurídicos, parece ser contradictoria o al menos problemática. Esto se debe a que las leyes de protección animal que contemplan estos delitos buscan prohibir conductas que puedan causar daño, dolor o sufrimiento a los animales no humanos, al mismo tiempo que la generalidad de los ordenamientos en que se insertan estas prohibiciones, permite y regula una amplia serie de conductas consistentes en la causación de muerte, mutilaciones, y en general daño a estos seres.

En este sentido los sistemas jurídicos que contemplan delitos de maltrato animal o leyes anticrudelistas, permite el uso de estos seres como un mero recurso o les brinda el estatus de objeto de propiedad, lo cual está presente incluso en los países que reconocen que estos seres no son objetos. Es decir, hay países que reconocen a los animales no humanos como seres sintientes dignos de protección, pero al mismo tiempo permiten su explotación como un objeto<sup>107</sup>.

Este aparente antagonismo de los intereses que se ven reflejados en los ordenamientos que contemplan delitos de maltrato animal, tiene como consecuencia lógica que la protección del derecho hacía los animales no

---

<sup>107</sup> Siendo un caso paradigmático el del derecho de Austria o Alemania como se explicó en la sección 1 del presente trabajo.

humanos no pueda ser absoluta, y a su vez que no haya una total libertad para la destrucción de estos seres. Es decir, las normas que prohíben conductas que causen daño a los animales no humanos tienen aplicación parcial, porque deben balancear estos dos objetivos, poniendo el peso de esta demarcación justamente - como se explicó- en las cláusulas generales que para su configuración dependen de un juicio de valor referido a la adecuación social de la conducta.

Además de lo anterior, hay que tener en cuenta que no hay claridad en el bien jurídico en concreto que se busca proteger de manera indirecta a través de la tipificación de dichos delitos<sup>108</sup>, ni del alcance de los fines que se busca por dichas normas.

Estos problemas, en suma, hacen cuestionarnos cuál es la ideología que fundamenta la tipificación de los delitos de maltrato o crueldad animal, y si la técnica legislativa de cláusulas generales es adecuada en estos delitos. Por esto, para precisar cuál es la posible ideología en este tipo de delitos y su relación con las cláusulas generales se analizará, en un primer paso, las principales posiciones que explican cuál es el interés protegido por la normativa penal en relación con los animales no humanos, utilizando la teoría del bien jurídico, como una forma de comprender el sistema en que se insertan los delitos de maltrato o crueldad animal.

En un segundo paso, se examinarán los estándares valorativos de los ordenamientos jurídicos que usan estas cláusulas desde posiciones morales

---

<sup>108</sup> Si tenemos en cuenta la distinción dogmática entre hecho punible y delito, introducida por Binding. En la cual delito se corresponde con el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento de la cual el bien jurídico es su objeto de protección, y a su vez se diferencia de la norma de sanción penal que asegura la vigencia del primer tipo de normas. La protección otorgada por las normas penales a los bienes jurídicos sería indirecta. Más detalle en: MAÑALICH, J. P. El delito como injusto culpable: Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. *Revista de derecho (Valdivia)*, 24(1), 2011. [en línea]: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502011000100005> [consulta: 22 de enero 2021]. pp. 90-92.

reconducidas a perspectivas éticas que fundamentan el trato a los animales no humanos como recurso a ser explotado pero que al mismo tiempo limitan dicha explotación.

Finalmente, y teniendo en cuenta lo anterior, se evaluará brevemente si esta técnica legislativa en los delitos de maltrato animal es la más adecuada para la punición del daño a estos seres, y si contribuye a una progresiva protección de los intereses de los animales no humanos por parte del derecho.

### 2.1) Delimitación del ámbito de protección de los animales no humanos desde la teoría del bien jurídico

Un primer paso para precisar cuál es la ideología que subyace al uso de cláusulas generales en la tipificación de delitos de maltrato animal, es precisar cuál es el objeto de protección que se les brinda a los animales no humanos de forma indirecta a través de normas de sanción que criminalizan la causación de daño, dolor o sufrimiento innecesario o injustificado al animal no humano, ya que una mayor comprensión del sistema normativo permitirá identificar cuáles son los fundamentos éticos que hacen suyo— o al menos con cuales fundamentos son compatibles— los sistemas jurídicos en que se insertan dichas decisiones de criminalización.

Dentro del estudio del derecho penal, una teoría que permite clarificar este ámbito de protección es precisamente la teoría del bien jurídico, a dicha teoría sin embargo la doctrina le ha atribuido múltiples funciones, y se le ha definido de diferentes formas, habiendo en definitiva una ambigüedad en dicho concepto<sup>109</sup>.

---

<sup>109</sup> En este hilo de ideas, autores como Garrido dice que la definición de bien jurídico no es pacífica y reconoce tres posiciones doctrinarias al respecto, con distintas funciones: trascendentalita, immanente y política criminal. En detalle, véase: GARRIDO MONTT, M. Derecho Penal. Parte General, tomo I. 2ªed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp. 64-68.

Este debate no es reciente, y a grandes rasgos se han sostenido dos posiciones antagónicas en cómo entender el bien jurídico, estableciéndose así dos teorías al respecto, las cuales no son teorías sobre un mismo concepto, sino que más bien son teorías heterogéneas e incompatibles entre sí que desarrollan y definen un distinto concepto de bien jurídico<sup>110</sup>.

La primera de estas teorías concibe al bien jurídico desde un punto de vista material, atribuyendo una función crítica a este concepto, sirviendo como un parámetro de legitimación que limita la correspondiente decisión de criminalización. Es decir, solo será legítimo la forma de comportamiento tipificada en un delito cuando menoscabe un bien jurídico, siendo el concepto de bien jurídico uno trascendente al sistema jurídico del cual el legislador no puede crear, sino que meramente debe identificar este bien. En oposición a esta teoría se ha entendido al bien jurídico desde una perspectiva formal, dogmática o inmanente al sistema<sup>111</sup>, donde el bien jurídico es creado por el legislador<sup>112</sup>. En definitiva, la primera teoría apunta a lo que se debería proteger y como debería adecuarse dicha protección a los estándares sociales, mientras que la segunda teoría apunta a lo que efectivamente se protege<sup>113</sup>.

Para los efectos de esta sección no se discutirá cual es la teoría idónea o que tiene un mayor mérito para entender lo que es el bien jurídico, ya que dicho

---

<sup>110</sup> LASCURAÍN, J. Bien jurídico y objeto protegible. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 60, 2007, pp. 120-121.

<sup>111</sup> Legislador que representaría al Estado, en este sentido Ibid, p.125, Siendo compatible con el giro positivista que le dio Binding, en la percepción inmanente donde el legislador crearía los bienes jurídicos a partir de una valoración de la realidad, como explica Garrido en: GARRIDO M. op. cit., pp.65-66.

<sup>112</sup> Un estudio en mayor detalle de la historia del concepto bien jurídico y el aporte de Binding que lo identificaba como creado por legislador. Se encuentra en: SZCZARANSKI, F. Sobre la Evolución del Bien Jurídico Penal: un Intento de Saltar más allá de la Propia Sombra. Política Criminal. 7(14), dic. 2012, pp. 385-386.

<sup>113</sup> LASCURAÍN, J. op. cit., pp. 120-121, 123-126.

análisis superaría los márgenes del presente trabajo, sino que más bien se adscribirá a una teoría formal o dogmática del bien jurídico. Esto se hará siguiendo a autores como Lascurain que consideran que el bien jurídico es un concepto que transmite el objeto inmediato de protección por la norma penal<sup>114</sup>, es decir describe lo protegido haciendo referencia al objeto de una valoración positiva por el legislador. Dicho objeto puede ser cualquier realidad social, donde su valoración sería neutral desde una perspectiva crítica ya que no dice nada sobre si la norma penal es adecuada o si la protección es una buena, sino que meramente da cuenta cual es la protección a una concreta realidad social<sup>115</sup>.

La ventaja de esta teoría es que es útil para la comprensión de la norma penal y del sistema jurídico en que se inserta. Así entendido el bien jurídico indicaría la razón principal de la coacción al expresar el objeto afectado, siendo su protección el fin que ha motivado la creación de tipos penales, ya que implícitamente expresa porque un comportamiento es considerado por el derecho como “disvalioso”<sup>116</sup>.

Además de lo anterior, el bien jurídico en un sentido formal puede desempeñar una función interpretativa la cual permite determinar el sentido y alcance de la decisión de criminalización, plasmada en la norma penal a través de una interpretación teleológica concerniente a la finalidad de la norma. Lo importante de esta función es que permite saber lo que quería hacer con la norma el legislador, y es esto lo que ha de tener en cuenta aplicador de la norma al interpretarla<sup>117</sup>. Esta función se puede complementar con una función sistemática, la cual nos permite reconstruir el material regulativo que conforma

---

<sup>114</sup> Ibid, pp. 120-121, 126.

<sup>115</sup> Ibid, pp. 124-127, 136-137, 141-142.

<sup>116</sup> Ibid, pp. 126-128.

<sup>117</sup> Ídem.

el sistema de la parte especial del derecho penal al organizar las decisiones de criminalización de la totalidad de formas de comportamientos a ser punibles bajo el ordenamiento jurídico mediante la identificación del bien menoscabado. Conformando así familias de especies y géneros de delitos en atención al rasgo común que los emparenta. Esta relación entre normas en cuanto pueda menoscabar un mismo bien jurídico permitirá determinar los casos en que haya concursos de normas, tanto su inclusión como exclusión, teniendo en cuenta una coincidencia parcial o total en comportamiento delictivos<sup>118</sup>.

Finalmente, el bien jurídico entendido en este sentido formal, a pesar de que no sirve para evaluar o criticar por sí misma la norma ni debelar los fines ulteriores que tendría en cuenta el legislador al crear la norma, sirve como una base para hacer lo anterior, ya que expresa el interés que genera la norma penal y resume lo esencial de su fin de protección, es decir expresa el contenido que será evaluado posteriormente<sup>119</sup>.

Es por lo anterior que a partir de dichas funciones se revisará brevemente las posiciones que han identificado distintos bienes jurídicos en los delitos de maltrato animal, intentado clarificar los aciertos y problemas de cada interpretación, para así precisar cual el objeto inmediato y alcance de dicha protección hacía los animales no humanos, haciéndose cargo a la vez del debate que diferencia entre el objeto de ataque del delito y el sujeto pasivo protegido por la norma.

---

<sup>118</sup> Para más detalle ver Ibid, p. 129.

<sup>119</sup> Ibid, pp. 139, 141-142.

### 2.1.1) El problema del bien jurídico en los delitos de maltrato animal

La identificación del bien jurídico en relación con los animales no humanos, como se adelantaba no es una cuestión pacífica<sup>120</sup>, ya que la doctrina ha identificado distintos bienes en la normativa penal, los cuales apuntan a fines heterogéneos entre sí, llegando también a conclusiones incompatibles sobre el sujeto pasivo respectivo. Incluso se ha llegado a sostener posiciones que el delito de maltrato de animales no resguarda ningún bien jurídico, ya que como bien da cuenta Mesías hay algunas posiciones doctrinarias en el derecho español, que interpreta que el delito de maltrato de animales de este país solo sería una legislación simbólica<sup>121</sup>, y que la regulación que prohíba actos de maltrato o crueldad hacía los animales no humanos debería pertenecer a otra área del derecho, ya que esta decisión de criminalización supondría una violación de los principios de proporcionalidad, subsidiariedad, intervención mínima y ultima ratio<sup>122</sup>.

Es por lo anterior, que, para facilitar una explicación de las múltiples posiciones de este debate, se utilizara una clasificación de los posibles bienes jurídicos en delitos de maltrato animal o de animales, teniendo en cuenta las principales posiciones en el ordenamiento chileno y español, ya que ambos países son un ejemplo paradigmático del uso de cláusulas generales como técnica legislativa en esta clase de delitos.

---

<sup>120</sup> Sobre este respecto en el derecho español, véase: REQUEJO, C. El delito de maltrato a los animales tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. dA. *Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*. 6(2), 2015.

<sup>121</sup> En contra de esta posición, se ha opinado a favor de la necesidad de la tutela penal del animal no humano en España, principalmente por la importancia social que se le suele asignar (en los últimos tiempos) al bienestar animal y el fracaso del derecho administrativo. Según: GARCÍA SOLÉ, M. El delito de maltrato a los animales. El maltrato legislativo a su protección. *Revista de Bioética y Derecho*. (extra), 2015, pp. 46-47.

<sup>122</sup> MESÍAS, J. op. cit., pp. 75-76.

### 2.1.2) Bien jurídico desde una tutela indirecta del animal no humano: sentimientos humanos de compasión, moral y buenas costumbres

Una de las primeras posiciones del bien jurídico subyacente a estas normas que prohíben el maltrato animal, identifica que el bien jurídico es la moral y buenas costumbres, siendo una de las concepciones tradicionales que inspiraron las leyes protectoras de animales desde el siglo XIX. Esta posición como bien da cuenta Guzmán Dalbora se ha denominado tutela indirecta o antropocéntrica-estética de los animales<sup>123</sup>, y se justifica en que el comportamiento consistente en maltrato al animal puede volverse en crueldad hacia los seres humanos<sup>124</sup>. Se basa en la filosofía de Kant el cual declara que el ser humano solo tiene deberes para con sí mismo u otros humanos, y cuando se comete un acto de crueldad con animales se opone a un deber que el animal humano se debería hacia sí mismo, porque con su conducta este ser humano turba su capacidad de compasión por el sufrimiento, debilitándose y destruyéndose una predisposición natural útil a la moralidad en relación con los demás humanos<sup>125</sup>.

En la posición anterior, la protección otorgada en el bien jurídico no se dirige directamente hacia al animal, sino al ser humano, descartando así al animal no humano como sujeto pasivo del delito. En definitiva, en esta concepción el animal es visto como un ser incapaz de tener relaciones jurídicas, y lo que se menoscaba cuando se maltrata al animal no sería propiamente la integridad o salud del animal, sino que la moral pública y las buenas costumbres. Haciendo

---

<sup>123</sup> GUZMÁN DALBORA, J.L. op. cit., pp. 208-210

<sup>124</sup> Paradigmático es el caso de Estados Unidos, donde se ha estudiado en detalle la relación entre el maltrato animal y la violencia, siendo la tesis que sostiene que el maltrato animal aumentaría la violencia contra los seres humanos la que inspiró la creación de las primeras leyes anticruelistas en este país. Más detalle en: FRASCH P. y LUND H. op. cit., pp. 2-8.

<sup>125</sup> GUZMÁN DALBORA, J.L. op. cit., pp. 208-210.



que el corpus del animal no humano solo sea el objeto material del delito, y que el bien jurídico sea uno difuso, donde la sociedad en general sería su titular<sup>126</sup>.

Una crítica a esta teoría es que haría vago la consumación y realización típica de las conductas que se correspondan con maltrato animal, es decir es difícil determinar cuándo se menoscabaría el bien jurídico, ya que este se refiere a la moral pública la cual tiene contornos vagos o indefinidos<sup>127</sup>. No logrando explicar además porque determinadas prácticas violentas y crueles que causarían el mismo efecto de desensibilizar son admitidas como ciertos festejos populares<sup>128</sup>. Además, algunos autores interpretan que para que se afecte dicha moral deba hacerse en público, quedando así el comportamiento de maltrato a puertas cerradas como no punible<sup>129</sup>.

Otra interpretación del bien jurídico desde una visión antropocéntrica en los delitos de maltrato animal sería su identificación con los sentimientos humanos de amor o compasión hacia los animales, esto se justifica en que las personas sufren cuando saben que se maltrata a estas criaturas, sufrimiento el cual se traduciría en el menoscabo del bien jurídico. Esta teoría tiene como consecuencias en que no habría declaración de derechos a favor de los animales no humanos, sino que el objeto inmediato de protección del bien jurídico consistiría en un reconocimiento de las implicaciones sentimentales que el daño causado a los animales puede tener en las personas, esto haría que el bien jurídico también sea uno colectivo y difuso. Asemejándose el delito de maltrato

---

<sup>126</sup> Ibid, pp. 210-211.

<sup>127</sup> Ibid, p. 213.

<sup>128</sup> Mesías en un análisis de esta postura referida al delito de maltrato de animales español, opina que el ser humano es violento por naturaleza siendo inconsecuente eliminar su aspecto violento, en MESÍAS, J. op. cit., p. 74.

<sup>129</sup> GUZMÁN DALBORA, J.L. op. cit., p.213. En el mismo sentido sobre esta interpretación del bien jurídico relacionado al delito de maltrato animal español: Hava, E. La protección del bienestar animal a través del derecho penal op. cit pp. 283-285.

animal a uno de infracción del deber, donde el bien jurídico sería la obligación de no someter a los animales a malos tratos, lo cual sería a su vez un deber bioético<sup>130</sup>.

A la posición anterior, se les puede criticar que la protección de los sentimientos colectivos, dependen de que haya un menoscabo a dichos sentimientos, lo que se basaría en una moral general que como se explico es vaga y difícil de determinar. Además, haría depender la consumación del acto a parámetros subjetivos lo que parece difícil de reconciliar con normas como el art. 291 ter chileno que describe la punición de actos que causen daño, dolor o sufrimiento al animal de forma resultativa, bastando que de forma objetiva se causen dichos resultados, para que la conducta sea ilícita, invirtiéndose esta ilicitud si el acto no es injustificado<sup>131</sup>.

A pesar de dichas dificultades, el hecho de que estas posiciones antropocéntricas, otorgan un valor a la protección del animal no humano solo cuando este beneficie al ser humano, permitiría explicar la restricción de ciertos tipos que hacen punible la causación de sufrimiento a animales de determinadas categorías, como ocurre con el delito de maltrato de animales español que solo se refiere a los animales domésticos o de compañía, descartando su aplicación a los animales salvajes. Esta discriminación se explicaría en que los animales domésticos tienen mayor proximidad con los humanos habiendo mayores sentimientos de simpatía a estos seres, sentimientos que se pueden considerar beneficiosos y valiosos para la especie humana. Aunque este punto de vista es difícil de reconciliar con el hecho de que la regulación penal hace punible una

---

<sup>130</sup> HAVA, E. op. cit. pp. 286-288.

<sup>131</sup> En este sentido Wilenmann sostiene que “[...] la cláusula general es relativamente clara e invierte las condiciones de establecimiento de la licitud que imperaban con anterioridad: el tipo se ve satisfecho por la pura causación de daño o sufrimiento —ella es ilícita en general—, y la ilicitud de estas conductas solo se ve controlada por la exigencia de que el acto sea "injustificado". Además de caracterizar el tipo chileno como resultativo, en: WILENMANN, J. op. cit., pp.439-440.

forma determinada de comportamientos, a saber, el sufrimiento injustificado en delitos como el del art. 337 del Código Penal español<sup>132</sup>.

### 2.1.3) Libre acceso a la propiedad como bien jurídico

Otra posición relevante que reseñar sobre el bien jurídico presente en delitos de maltrato animal, tiene su origen en un paradigma que operaba bajo una lógica instrumental exclusivamente referida al derecho de propiedad. En esta visión se veía al animal como un mero bien al igual que cualquier otro objeto de apropiación por parte de los humanos, siendo el bien jurídico menoscabado el libre acceso a la propiedad por el ser humano<sup>133</sup>. Asimilando el daño al animal al delito de daño de la propiedad y operando solo en contra de conductas que fueran en contra o sin el consentimiento del dueño, quedando este último excluido como sujeto activo.

Dicha posición ha sido ampliamente superada por las posiciones esencialmente antropocéntricas que se reseñaron en la sección anterior<sup>134</sup>. Esto se debe a que la protección de los animales no humanos se ha considerado valiosa de forma ajena a intereses exclusivamente económicos, esto sin perjuicio de que estas concepciones entiendan que el bien jurídico resguarda un interés social antropocéntrico.

En relación con lo anterior, un argumento en contra de esta visión, la podemos encontrar en un análisis del bien jurídico presente en el delito de maltrato animal chileno, en este sentido Besio da cuenta que a nivel de historia legislativa se ha indicado expresamente por el legislador que el delito de maltrato de animal no

---

<sup>132</sup> HAVA, E. op. cit., pp. 291.

<sup>133</sup> El derecho de propiedad se mantendría intacto lo que se afectaría con los delitos referidos a bienes contra la propiedad, sería el acceso del dueño a disfrutar del bien que le pertenece.

<sup>134</sup> GUZMÁN DALBORA, J.L. op. cit., 210-211.

constituye objeto de protección del derecho de propiedad, ni la protección del dominio sobre una cosa. Además, dicho entendimiento no tendría cabida porque el delito de maltrato animal chileno operaría en contra del propio dueño del animal, y el resguardo de los intereses de propiedad del dueño sería incompatible con el abandono de animales que se asimila a una forma de maltrato<sup>135</sup>. De forma similar, en el ordenamiento español que contempla como punible el maltrato y abandono de animales, se ha sostenido que la posición económica o de propiedad sobre el bien jurídico sería incompatible con dichas conductas ya que estas operan independientemente de la voluntad del dueño del animal<sup>136</sup>.

#### 2.1.4) Medio ambiente como bien jurídico

Hay un sector doctrina que considera que el bien jurídico menoscabado al causar daño, dolor o sufrimiento al animal no humano, es el medioambiente. Esta concepción se basa en que los animales y la fauna en general son parte del entorno natural que rodea al ser humano. A este respecto, Guzmán Dalbora da cuenta que esta posición apunta principalmente a la protección del medio ambiente como elementos con los que el ser humano se relaciona, y que a su vez permiten el desarrollo equilibrado de su vida<sup>137</sup>.

Esta postura, desde un punto de vista de la función sistemática del bien jurídico haría que los delitos de maltrato animal fueran especies de delitos contra el medio ambiente, y llevaría a la conclusión de que el sujeto pasivo del delito se aseveraría a la sociedad, ya que el medioambiente sería un bien colectivo y

---

<sup>135</sup> BESIO, M. op. cit., pp. 272-273.

<sup>136</sup> Esta es la postura de Hava sobre el delito de maltrato de animales (analizada antes de la reforma de 2015) y el delito de abandono de animales, españoles. En HAVA, E. op. cit., p. 285.

<sup>137</sup> Este autor define tres categorías de medioambiente, véase: GUZMÁN DALBORA, J.L. op. cit., pp. 226-228.

difuso que no pertenece a ningún individuo el cual se puede ver afectado como objeto de ataque cuando se cause daño al animal.

Esta tesis ha sido criticada, porque no parece que haya relación en otorgar protección a determinados animales frente al maltrato, como puede ser la protección de animales domésticos o de compañía en el delito de maltrato de animales español que restringe su aplicación a esta categoría de animales, con la tutela penal del medioambiental, la cual tiene a grandes rasgos una función ecológica y trata de salvaguardar el equilibrio de los ecosistemas naturales<sup>138</sup>.

No habría una relación entre delitos medioambientales y delitos de maltrato animal o de animales, que a nivel sistemático emparente dichas normas, porque estas atienden a distintos fines<sup>139</sup>. En este sentido como bien dice Hava: “[...]los intereses medioambientales caminan a veces en sentido contrario al bienestar y la vida de ciertos animales. El restablecimiento del equilibrio en un ecosistema, por ejemplo, puede aconsejar el sacrificio masivo de algunos de ellos”. En otras palabras, los delitos medioambientales que tengan relación con animales no humanos si se consideran a estos seres como parte de la fauna, no tienen el mismo bien jurídico que los delitos de maltrato animal o de animales. Esto se puede observar claramente en el ordenamiento español, ya que el delito de maltrato de animales queda restringido a los animales domésticos, y las prohibiciones de dañar la fauna en este ordenamiento están referidas a la diversidad biológica<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> GUZMÁN DALBORA, J.L. op. cit., 228 en un sentido similar, HAVA, E. op. cit., pp. 278-279.

<sup>139</sup> Considerando como errada que el bien jurídico relacionado al delito de maltrato animal chileno sea el medio ambiente, véase: DE LAS HERAS, J. El bienestar animal como bien jurídico penal. En: CHIBLE, María José y GALLEGO, Javier (Eds.). Derecho Animal: Teoría y práctica. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2018. pp. 193-198.

<sup>140</sup> HAVA, E. op. cit., pp. 278 -279.

A pesar de lo anterior, la ubicación de delitos de maltrato animal en códigos penales podría hacer suponer que hubiese un parentesco sistemático con los delitos medioambientales -o al menos los delitos relacionados a la flora y fauna-. Esto se puede observar, por ejemplo, en el tipo chileno del art. 291 bis, ya que este se introdujo en el §9 cuyo interés tutelado es la protección de la salud animal y vegetal en su dimensión colectiva y general. Sin embargo, según parte de la doctrina el art 291 bis no tiene rasgo en común orientado a la protección general de la salud animal y vegetal, ya que el delito de maltrato animal se adscribe a la salvaguarda del bienestar de animales individualmente afectados por actos de maltrato o crueldad<sup>141</sup>.

#### 2.1.5) Bienestar del animal no humano como bien jurídico

Dentro de la tesis que considera que el bien jurídico en las normas relacionados al maltrato animal, es el bienestar del animal entendido este como la salud e integridad de estos seres, hay que destacar que se suelen distinguir dos visiones, las cuales parten de este punto en común, pero se distinguen en sus consecuencias<sup>142</sup>.

La primera de estas visiones considera la salud y bienestar de los animales como objeto de protección, pero representando un interés moral de la comunidad, quedando el castigo penal reservando cuando el tormento causado al animal se hiciera sin utilidad o sin interés legítimo<sup>143</sup>. Como bien explica Guzmán Dalbora esto se correspondería con un sistema de tutela ética de los animales, el cual es un avance al modelo antropocéntrico estético, ya que se considera al animal como un *quid* digno de protección, pero esta postura no significaría la

---

<sup>141</sup> Esto sin perjuicio haya posturas en sentido contrario, más detalle en: BESIO, M. op. cit., pp. 273-274.

<sup>142</sup> GUZMÁN DALBORA, J.L. op. cit., pp. 214-215.

<sup>143</sup> Ídem.

transformación del animal como objeto material del delito a sujeto pasivo de la infracción la cual sería la sociedad<sup>144</sup>.

La segunda de estas visiones, que identifica el bienestar del animal como el bien jurídico tras el maltrato, defiende que el objeto inmediato a proteger se traduciría en derechos del animal, los cuales quedarían personificados y serían los propios titulares del bien jurídico en cuestión, siendo por ende los posibles sujetos pasivos del delito. Este planteamiento tiene como fundamento, -para algunos de estos autores-, que la capacidad de sentir dolor de los animales y tener una vida mental similar a los seres humanos en el sentido que pueden ser portadores de deseos, preferencias, creencias y en general intereses, haría pertinente que estos deban tener consideración moral por parte de los seres humanos<sup>145</sup>. Es decir, los seres humanos deberían respetar moralmente a los animales como seres autoconscientes, teniendo deberes y obligaciones para con estos, lo que a nivel jurídico debería traducirse en que estos seres sean portadores de derechos cristalizando así esa obligación<sup>146</sup>. Este reconocimiento de los animales como

---

<sup>144</sup> Ibid, p. 218.

<sup>145</sup> Paradigmática es la posición de Regan quien defiende una posición a favor de los derechos animales en: REGAN, T. En Defensa de los Derechos de los Animales. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2016.

<sup>146</sup> Una postura reciente que identifica el bienestar animal como bien jurídico en relación con el maltrato animal, e identifica que los animales tendrían un derecho subjetivo es la posición de Joaquín De las Heras. Dicha posición se sustenta en que los animales no humanos podrían exhibir el estatus normativo, pero no jurídico de persona, utilizando un concepto prescriptivo de persona que se basa en que este estatus depende de que se exhiba la función del derecho a la vida en sentido estricto. Ahora bien, en lo que respecta al animal, este autor, daría cuenta que sería compatible con esta función ya que el animal no humano tendría un interés en su propia supervivencia. A pesar de los méritos de esta reconstrucción, esta parece suscribirse más bien a un entendimiento del bien jurídico desde un punto de vista crítico y de legitimación sustantiva, ya que De las Heras reconoce expresamente la función legitimadora y se adscribe a una concepción del bien jurídico de tipo normativo, pero no estática, abierta a su modificación con los avances sociales. Véase: DE LAS HERAS, J. op. cit., pp. 208-211.

seres sintientes es compatible con los países que reconocen expresamente que los animales no humanos no son objetos sino seres sensibles<sup>147</sup>.

Además de esta posición, hay otra corriente que llega a reconocer que el bien jurídico sería la dignidad del animal, que como bien indica Mesías este ha sido el reconocimiento por la jurisprudencia mayoritaria en España, que sin embargo limita la protección de esta dignidad cuando no haya un beneficio legítimo en su menoscabo habiendo un sufrimiento gratuito, dando a entender que la dignidad del animal no sería absoluta y quedaría supeditada a la existencia de un interés humano<sup>148</sup>.

Estas dos posiciones que reconocen como bienes jurídicos tutelados penalmente, al bienestar del animal -como una forma de protección de la vida y salud de estos animales-, y la dignidad de estos seres, favoreciendo un reconocimiento positivo de derechos subjetivos a los animales no humanos, ha sido criticada. Se cuestiona la personificación del animal y su capacidad de participación en el tráfico jurídico, destacando que si los animales tuvieran la capacidad de ser sujetos pasivos debería llevar a su posterior reconocimiento como posibles sujetos activos de toda clase de delitos. Además, se dice que el derecho a diferenciaría de la moral tiene como base el reconocimiento de obligaciones mutuas, operando así con una lógica de reciprocidad, y que los animales no tendrían la aptitud para reclamar aquello que se les debería<sup>149</sup>, ya que algunos autores consideran que la habilidad de entender que es un derecho y de poner en

---

<sup>147</sup> Países como Austria, como se analizó en el capítulo primero del presente trabajo.

<sup>148</sup> MESÍAS, J. op. cit., p. 76

<sup>149</sup> GUZMÁN DALBORA, J.L. op. cit., pp. 224-225.



marcha el mecanismo legal serían necesarias para tener un estatus de titular de derechos<sup>150</sup>.

Las objeciones anteriores pueden reconducirse en el nivel de la filosofía moral a una ética de la reciprocidad, la cual se basa en la distinción entre agente y paciente moral, siendo un agente aquel que puede obligarse para con otro y siendo paciente el ente a quien va dirigida una obligación. Este argumento es utilizado por Kant, quien atribuye consideración moral a ser reclamable frente a otros, solamente a los entes que sean capaces a su vez de obligarse moralmente. En otras palabras, los entes que pueden ser beneficiarios de una obligación solo serían los agentes morales ya que estos serían entidades que puedan tener deberes para con otros<sup>151</sup>. Esto bastaba para que Kant sostuviese que los animales no humanos no son seres respecto de los cuales los seres humanos como agentes racionales puedan tener obligaciones morales, descartando por tanto un modelo de obligación directa en las normas relacionadas a estos<sup>152</sup>.

Sin embargo, en un plano jurídico parece poco probable que el estatus de titular de derechos tenga como requisito esencial la capacidad de ser portadores de deberes, ya que incluso entre los animales humanos hay seres que tienen la incapacidad de obligarse, pero se les reconoce la capacidad de tener derechos, como los incapaces absolutos o los infantes<sup>153</sup>. Si se asimila a los animales no

---

<sup>150</sup> FEINBERG, J. The Rights of Animals and Unborn Generations. En su: Rights, Justice, and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy. New Jersey, Princeton University Press, 1980, pp.163-165.

<sup>151</sup> MAÑALICH, J. P., Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos de derecho. op. cit., pp. 330-332.

<sup>152</sup> Ídem

<sup>153</sup> Esta excepción, en el debate de ética animalista se conoce como el argumento de los casos marginales, que cuestiona la equivalencia de las nociones de agencia moral con paciencia moral, ya que hay muchos individuos de la especie humana que no satisfacen la noción de agencia moral, pero se les atribuyen derechos subjetivos. Este argumento, se podría utilizar para criticar el actual estatus que tienen los animales no humanos como objeto de propiedad, ya que a pesar de que hay seres humanos que al igual que los animales no humanos, no pueden ser agentes morales, en la generalidad de

humanos a estos incapaces, se les podría reconocer solo derechos y no obligaciones, siendo lógico que solo podrían ser víctimas de delitos, pero no su sujeto activo ya que su falta de raciocinio los haría carecer de capacidad de culpabilidad. Además de lo anterior esta asimilación con los incapaces también explicaría que al igual que estos, se podría reclamar vía representación el ejercicio de sus derechos<sup>154</sup>.

Sin embargo la anterior defensa, el problema de esta posición es que a pesar de que no habría problemas en fundamentar conceptualmente que los animales no humanos al igual que ciertos tipos de animales humanos podrían contar como titulares de derechos, de lege lata en muchos ordenamientos se sigue reconociendo expresamente que los animales son solo objeto de propiedad, y no habría además un reconocimiento expreso de estos seres como titulares de derecho ni como personas -que haga presumir la titularidad de derechos-. Esto sin perjuicio de que se pueda discutir la capacidad de estos seres de ser titulares de derechos subjetivos, y que de lege ferenda pueden surgir normas congruentes con dicho estatus<sup>155</sup>.

Es por lo anterior, que se favorece por ciertos sectores de la doctrina que el bien jurídico a resguardar se correspondería con la primera posición reseñada en esta

---

ordenamientos del mundo, no se está dispuesto a negar el hecho de que el posible sufrimiento de estos seres humanos tiene importancia moral. Por tanto, dicho argumento al constatar que hay casos marginales en los seres humanos en el que no se da la correspondencia entre agencia y paciencia moral, pero no obstante esto, se les atribuye derechos, esto significa que dentro de la ética de la reciprocidad existe una excepción. Se cuestiona, por qué no se generaliza dicha excepción a favor de los animales no humanos, ya que en el caso de no generalizar dicha excepción en el plano moral se exhibiría una “doble estándar”, ya que solo sería aplicable a individuos humanos mientras que hay otros individuos de similares características, a quienes no se les aplica. Véase: Ídem.

<sup>154</sup> Hava da cuenta de estos argumentos en HAVA, E. op. cit., pp.281-282. En un mismo sentido MESÍAS, J. op. cit., pp. 76-77.

<sup>155</sup> En este sentido Requejo reconoce que hay un acercamiento a la tutela de los animales no humanos con la de las personas tras la reforma del 2015 sobre el delito de maltrato de animales español, pero no es suficiente para reconocer derechos subjetivos a estos seres, debido a una serie de restricciones en su protección. Véase: REQUEJO, C. op. cit., pp. 9-10.

subsección, es decir el bien jurídico sería el bienestar animal sin que estos seres lleguen a ser sujetos de derecho<sup>156</sup>. En ese sentido la falta de titularidad de derechos respecto a los animales no humanos se ha sostenido que no es obstáculo para que el objeto inmediato tutelado por el bien jurídico sea el propio animal o su corpus, ya que estos bienes apuntarían a protegerlo de las conductas que le causen un daño injustificado o innecesario. Protegiendo así un interés propio del animal su bienestar, entendido este como su vida, integridad física o psíquica<sup>157</sup>.

La postura anterior, al descartar al animal como titular del bien jurídico, reconoce que esta titularidad más bien se correspondería a la sociedad en general, siendo un bien jurídico colectivo o difuso. Esta sería la posición de Hava al analizar el delito de maltrato de animales español -antes de su reforma en 2015- que ejemplifica el caso de este delito comparándolo con la prohibición de dañar el patrimonio histórico. De esta última prohibición destaca que su protección se explica por su función social orientada a la satisfacción de necesidades humanas, imponiéndose limitaciones a los titulares de tales bienes, que sería la sociedad en su conjunto, en forma de prohibiciones o deberes que son consecuencia del reconocimiento del patrimonio histórico. Ocurriendo lo mismo con el bienestar animal al que se compara dicho patrimonio, siendo un interés digno de tutela<sup>158</sup>.

En este sentido, Hava dice que la sociedad sí tiene “derecho” (en el sentido vulgar del término) a exigir a todos y cada uno de sus miembros que respeten la esfera de tutela que ha decidido otorgarles a dichos bienes y que se especifica en una limitación de sus posibilidades de empleo. La autora siguiendo con este

---

<sup>156</sup> HAVA, E. op. cit., pp.288-290

<sup>157</sup> Incluso dignidad como remarca REQUEJO, C. op. cit., p. 9.

<sup>158</sup> HAVA, E. op. cit., pp.288-290

ejemplo, agrega que los sentimientos humanos orientados a la protección sobre los animales no humanos juegan un rol principal, ya que estos se han expresado a través de un consenso social que ha permitido una tutela penal a favor de estos seres. Esto, sin embargo, no significa que estos sentimientos sean el bien jurídico a resguardar, sino que más bien su rol se agota en el acto de tipificación<sup>159</sup>. Esta postura es compatible con la observación que Lascuraín al examinar la teoría formal del bien jurídico, ya que este autor explica que el objeto inmediato de protección no es la valoración misma, es decir no serían los sentimientos que inspiran la norma, sino que sería más bien una concreta propiedad de la realidad que es valorada positivamente, otorgándole protección<sup>160</sup>.

La identificación del bienestar del propio animal como el bien jurídico, y el objeto inmediato de protección en relación con el delito de maltrato animal o de animales en el ordenamiento chileno y español, parece ser la interpretación más idónea, ya que no presenta los problemas de dejar en un mero ámbito subjetivo concerniente a la moral pública la consumación del delito, como ocurre con la identificación del bien jurídico del modelo antropocéntrico-estético y no presenta problemas de sistematicidad con otros delitos como las posturas que defienden que el bien jurídico sería el medio ambiente o la propiedad. Además de que acota el menoscabo del bien jurídico a un comportamiento en específico, a saber, la realización de actos que causen un resultado dañino para la salud del animal o que causen dolor, lo que es compatible con entender que la estructura de este tipo de delitos es de resultado<sup>161</sup>. Bastando para la realización típica que se cause

---

<sup>159</sup> Ibid, pp. 289-290.

<sup>160</sup> LASCURAÍN, J. op. cit., p. 139.

<sup>161</sup> Así se ha sostenido en el caso español en REQUEJO, C. op. cit., p.15. En el caso chileno Leiva sostiene que tras la introducción del art 291 ter el delito de maltrato animal chileno es resultativo, véase: LEIVA, C. op. cit., pp .420-421.

daño, dolor o sufrimiento injustificadamente en el caso chileno<sup>162</sup> y haya un menoscabo realizado injustificadamente que cause lesiones que menoscaben gravemente la salud del animal en el caso español.

Es por lo anterior que en las posteriores secciones de este trabajo se usará como base el hecho de que el objeto inmediato de protección de dichas normativas es el bienestar animal, entendido como la salud, vida o integridad de estos seres. Siendo limitada dicha protección por el uso de cláusulas generales en la descripción típica.

## 2.2) Fundamentos ideológicos tras el uso de cláusulas generales como técnica legislativa en delitos de maltrato animal

Una vez examinadas las posibles posiciones que explican el ámbito inmediato de protección que se otorga a los animales no humanos, a través de la teoría del bien jurídico, y concluido que esta protección queda acotada al bienestar de estos seres, entendida como su salud o integridad. En congruencia con esto, se intentará debelar la ideología - desde una perspectiva ética- que fundamenta los delitos de maltrato o crueldad animal y el uso de estas cláusulas generales como técnica legislativa en dichos delitos, para así determinar el alcance de la protección a los animales no humanos que otorgan los modelos regulativos que contemplan estas prohibiciones.

### 2.2.1) El debate sobre el estatus moral del animal no humano, como fundamento ético en los delitos de maltrato animal

Un punto de partida para debelar los fundamentos ideológicos, desde una perspectiva ética, que inspiran la creación de delitos de maltrato animal y

---

<sup>162</sup> Según el artículo 291 ter del Código Penal chileno.

legislación anticrudelista, así como el uso de cláusulas generales como técnica legislativa, es examinar la categoría “derecho animal”.

En relación con lo anterior, la doctrina suele identificar al “derecho animal”<sup>163</sup>, como una agrupación de todo tipo de regulación que establezca normas en la relación de los animales no humanos con los seres humanos, siendo una categoría bastante vaga y discutida en sus márgenes, soliendo abarcar todas las normas ya sean del área civil, administrativa o medioambiental que tengan que ver con la protección del animal no humano como así también las prohibiciones penales sobre el maltrato animal<sup>164</sup>. En este sentido, Gallego advierte que, aunque se suele abarcar un cuerpo de normas bajo esta categoría, no hay una coherencia sistemática en esta rama, porque el “derecho animal” está afectado internamente por una incoherencia, ya que por un lado establece delitos de maltrato animal, y por otro lado valida prácticas sistemáticas explotación del animal, estableciendo márgenes permisibles de afectación de dichos seres fundadas en un umbral de "bienestar"<sup>165</sup>. Pudiendo identificarse preliminarmente la identidad del “derecho animal”, mediante dos formas, primero a través de la descomposición de las ramas del derecho que otorguen alguna protección estatal a la indemnidad y libertad del animal o reconstruir las razones que fundamentan dicha protección con cargo a la especificación de la posición y estatus moral del animal en el mundo<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> A este respecto Chible: “Podemos definir el Derecho Animal como el conjunto de teorías, principios y normas destinado a brindar una protección jurídica al animal de especie distinta a la del ser humano, promoviendo y procurando su bienestar y protección”. En: CHIBLE, M. Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho. Revista Ius et Praxis. 22(2), 2016, p. 375.

<sup>164</sup> Ibid, p. 405.

<sup>165</sup> GALLEGO, J. Sobre la posibilidad de un “derecho animal”. En: CHIBLE, María José y GALLEGO, Javier (Eds.). Derecho Animal: Teoría y práctica. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2018, p. 147.

<sup>166</sup> Ibid, p. 146.

Es por lo anterior, que este autor opta por una aproximación pragmática del concepto derecho animal para su posterior estudio. La cual consiste en abarcar todas las prohibiciones penales y normas administrativas que son incoherentes entre sí como parte de esta rama, es decir no se problematiza dicha incoherencia<sup>167</sup>. Agregando además que el “derecho animal”, sería un reflejo de la ética animalista, ya que la regulación a ser implementada por los distintos ordenamientos jurídicos tiene como base y/o se inspira en el desacuerdo de los debates que fundamentan la protección del animal no humano y su estatus moral<sup>168</sup>. Siendo pertinente analizar brevemente las consideraciones de las posiciones éticas de estos debates, ya que más precisamente, en dichas posiciones se encontrarían los fundamentos que explican la creación de delitos de maltrato animal, leyes anticrudelistas, así como el uso de cláusulas generales de injustificabilidad o falta de necesidad en la generalidad de estos ilícitos.

Dentro de las posiciones que versan sobre el estatus moral del animal no humano, hay que destacar el trabajo de Richard Ryder el cual introduce el término “especismo” en su texto “Animals, men and morals: an inquiry into the maltreatment of non-humans” el cual será un término clave para futuros trabajos relacionados con el estatus moral del animal no humano<sup>169</sup>. Se puede entender por “especismo”<sup>170</sup> a grandes rasgos como una consideración desventajosa y arbitraria a seres que no pertenezcan a una especie en particular<sup>171</sup>. En la práctica dicha discriminación es llevada a cabo por seres humanos hacia los demás

---

<sup>167</sup> Ibid, pp. 147-148.

<sup>168</sup> Ibid, p. 150.

<sup>169</sup> Ibid, p. 151.

<sup>170</sup> Véase: VÁZQUEZ, R. y VALENCIA A. La creciente importancia de los debates antiespecistas en la teoría política contemporánea: del bienestarismo al abolicionismo. Revista Española de Ciencia Política. (42), nov. 2016, p.149

<sup>171</sup> HORTA, O. Un paso adelante en defensa de los animales. Madrid, Plaza y Valdés editores, 2017, p.22. Y en detalle véase: HORTA, O. What is Speciesism?. The Journal of Agricultural and Environmental Ethics. 23(3): 243-266, 2010.

animales que no pertenezcan a la especie humana, llegando asimilarse a otras formas de discriminación como el racismo o el sexismo ya que no tiene parámetros racionales, sino que solo tiene en cuenta la especie como fundamento para perjudicar a un gran número de individuos<sup>172</sup>. Dicho término sería popularizado por Peter Singer<sup>173</sup> en su texto “Animal Liberation”, el cual denuncia el trato irracional que sufre el animal no humano por el ser humano, y considera siguiendo a autores como Bentham que los animales al ser seres sintientes deberían ser tratados bajo el principio de igual consideración respecto a su sufrimiento, lo que debería llevar a evitar su sufrimiento cuando sea innecesario<sup>174</sup>.

Es bajo este tipo de literatura que se enmarcan las discusiones contemporáneas relacionadas al estatus moral de los animales no humanos, donde es posible identificar dos filosofías opuestas que han dominado dicho debate, a saber, una posición que busca otorgar derechos a los animales no humanos que evoluciono a una posición abolicionista y una concepción que busca el bienestar animal<sup>175</sup>. Las que se analizaran brevemente en la siguiente sección<sup>176</sup>.

---

<sup>172</sup> VÁZQUEZ R. y VALENCIA A. op. cit., p. 149 y HORTA, O. Un paso adelante en defensa de los animales op. cit., p. 22.

<sup>173</sup> Sin embargo, como dice Gallego: “Notablemente, Ryder posteriormente tomó distancia del uso que Singer hizo de su concepto, precisamente por la orientación utilitarista que adoptó. Para marcar esa distancia, Ryder formuló otro principio moral: “dolorismo” (painism). Este principio estipula que la base de toda consideración moral debe estar en la evitación del sufrimiento (pain), entendido de modo amplísimo como cualquier experiencia negativa. Fundado sobre una correlación, poco rigurosa, entre rectitud moral y experiencias psicológicas de placer y dolor, el dolorismo de Ryder se presenta como una axiología utilitarista descargada del principio de agregación de felicidad”. En: GALLEGO, J. op. cit., pp. 151-152.

<sup>174</sup> FRANCIONE, G El error de Bentham (y el de Singer). Revista Teorema. 19(3), 1999, pp. 42-42.

<sup>175</sup> CHIBLE M. Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho op. cit., pp. 393-395.

<sup>176</sup> Sin perjuicio de que se puedan encontrar posiciones distintas al abolicionismo y bienestarismo. En este sentido Gallego al analizar la ética orientada a la protección animal, destaca las posiciones “compatibilistas”, las cuales, según este autor, Francione considera una continuación de las posiciones de autores como Singer. Estas posiciones “compatibilistas” a grandes rasgos buscan la liberación



### 2.2.2) Abolicionismo y bienestarismo jurídico

La posición a favor de establecer derechos cuyo portador sería el animal no humano se basa en reconocer a los animales, como seres capaces de tener múltiples intereses que deben ser resguardados en el mundo jurídico, como sería un interés a la vida, a su salud o libertad<sup>177</sup>. Dicha posición como se adelantaba evoluciono, hacía una posición abolicionista la cual busca eliminar el estatus de propiedad de los animales no humanos<sup>178</sup>. La posición abolicionista es atribuida a Gary Francione como uno de sus principales autores, quien es crítico de la regulación que en general rige en la actualidad sobre los animales no humanos, la cual busca prohibir el sufrimiento animal cuando es innecesario, sin cuestionar el estatus de propiedad de estos seres<sup>179</sup>.

Para Francione, mientras los animales sean propiedad, nunca habrá una protección significativa de los intereses que estos seres puedan tener, ni una valoración de su estatus moral<sup>180</sup>. De la crítica que hace este autor es que nace el término bienestarismo ya que como indica Gallego: “Francione célebremente agrupó todas las doctrinas o movimientos animalistas que no defendieran la abolición de la propiedad sobre animales bajo la etiqueta de "bienestarismo" (*welfarism*). El énfasis que se ha hecho en el aspecto *negativo* es importante: la

---

animal y el fin de su explotación sin cuestionar el estatus del animal como objeto de propiedad. En este hilo de ideas, Gallego destaca la posición presente en una monografía conocido como “Zoopolis” orientada a la regulación del animal no humano que es mascota. Véase: GALLEGO, J. op. cit., pp. 158-163, 171-172.

<sup>177</sup> En detalle, los intereses que emanan del bienestar animal, los cuales puedan ser resguardados por el derecho, véase: REGAN, T. En Defensa de los Derechos de los Animales. op. cit., pp. 110-133, 303-317.

<sup>178</sup> A este respecto Gallego indica que “En los noventa se produce una reestructuración al interior del animalismo, [...]. Lo que esta reestructuración plantea es que la defensa de una reconstrucción deontológica de la posición del animal como titular de derechos no puede presentarse simplemente como un argumento moral, y debe enfrentar la cuestión del estatus institucional del animal como objeto de propiedad del humano.”. GALLEGO, J. op. cit., p.154.

<sup>179</sup> VÁZQUEZ R. y VALENCIA A. op. cit., pp. 157-158.

<sup>180</sup> Ídem.

característica distintiva del bienestarismo no su defensa a un umbral de bienestar en la explotación sistemática de animales, sino su resistencia —o bien, su indiferencia— a postular como primera prioridad la abolición de la condición de objeto de propiedad del animal”<sup>181</sup>.

En relación con lo anterior, se puede decir que la postura bienestarista tiene como fin mejorar las condiciones que viven los animales no humanos, pero sin cuestionar su uso como recurso solo prohibiendo el daño innecesario a estos seres, lo que ocurrirá solo cuando el beneficio de actividades que causen dicho daño sea menor al sufrimiento animal<sup>182</sup>. Además de que se puede inferir que el bienestarismo tiene distintos matices y corrientes en su interior, de hecho, Francione diferencia dentro del bienestarismo, una posición que se denomina neo-bienestarismo o nuevo bienestarismo para distinguirla de la posición que solo consagra umbrales de bienestar<sup>183</sup>. Este nuevo bienestarismo se correspondería con la regulación contemporánea basada en defender reformas que busquen aumentar el bienestar de los animales no humanos, siendo indiferente al estatus de propiedad que tiene el animal no humano lo que llevaría a perpetuar la posición del animal como propiedad y su uso como recurso<sup>184</sup>.

### 2.2.3) Cláusulas generales en legislación anticrudelista como una técnica propia del bienestarismo jurídico

Si tenemos en cuenta las principales posiciones en los debates sobre ética animalista, que fundamentan los delitos de maltrato animal y la legislación anticrudelista, parece ser que el uso de cláusulas generales responde a un

---

<sup>181</sup> GALLEGO, J. op. cit., p. 155.

<sup>182</sup> CHIBLE M. Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho op. cit., p.394.

<sup>183</sup> GALLEGO, J. op. cit., p. 155.

<sup>184</sup> VÁZQUEZ R. y VALENCIA A. op. cit., p. 157.

paradigma propio del bienestarismo jurídico. Esto se puede ver más claramente si seguimos el trabajo de Garner, que en su famoso debate con Francione defiende una posición bienestarista, la cual este autor prefiere titular como “proteccionista” (que según el propio Garner se correspondería con lo que Francione determina como “new welfarism”) para diferenciarse de las posiciones utilitaristas como la de Singer, y que se hace cargo de la crítica de inconsistencia en regular la explotación animal al mismo tiempo que se busca prohibir la causación del sufrimiento de estos seres<sup>185</sup>.

La posición de Garner sostiene que el principio de que evitar el sufrimiento innecesario del animal no humano es racional con el estatus de estos como propiedad, y que no sería un impedimento para buscar una mayor protección de estos seres. Basándose en la tesis de que los animales no humanos no tendrían los mismos intereses que los seres humanos, ya que habría un mayor valor en la vida humana, porque mayor sería el daño causado por la muerte en comparación al animal no humano, debido a los múltiples intereses y metas que se verían frustrados en el ser humano al tener capacidad mental superior<sup>186</sup>.

A pesar de lo anterior, este autor sostiene que, aunque no haya un mismo valor en la pérdida de la vida humana y animal, si lo hay en el dolor, lo que debería llevar a reconocer una obligación moral por parte de los seres humanos hacia los animales no humanos que tenga en cuenta la capacidad de sufrir de estos últimos seres. En otras palabras, no considera que el animal tenga derecho a la vida sino solo a evitar el dolor<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> GARNER, R. A defense of a Broad Animal Protectionism. En: FRANCIONE, G. y GARNER, R. The Animal Rights Debate: Abolition or Regulation?. Nueva York, Columbia University Press, 2010, pp. 104, 107 -110.

<sup>186</sup> Ibid, pp. 117-118.

<sup>187</sup> Ibid, pp. 118-119.

En cuanto a la inconsistencia que habría buscar la protección de estos seres mediante el respeto de su “sintiencia” (entendida por Garner como la capacidad de sentir dolor) al mismo tiempo que se les trata como propiedad, este autor considera que los animales no humanos al no ser seres autónomos pueden ser objeto de propiedad y por ende la utilización animal por los seres humanos no sería el problema, sino más bien el cómo se usan. Entonces la inconsistencia según Garner solo sería aparente, ya que siguiendo esta lógica no sería erróneo el uso de los animales<sup>188</sup>. Este punto de vista permitiría explicar que lo que se puede considerar como innecesario o injustificable en la explotación animal, sería lo que no produce beneficio al ser humano.

Además de lo anterior la tesis proteccionista, sería congruente con el hecho de que la prohibición de conductas que puedan causar daño al animal no humano sea progresiva y dinámica. Esto se debe a que la posición proteccionista es compatible con una estrategia política que busca maximizar el apoyo social, para introducir nuevas prohibiciones, ya que la determinación de lo que se consideran conductas innecesarias, no serían una cuestión objetiva ni estática, sino que dependerían de lo que las distintas sociedades humanas consideren como no beneficioso<sup>189</sup>. Esto se refleja en que los posibles cambios culturales o sociales han permitido prohibir conductas como las granjas de pieles respecto a ciertos animales en algunos países, lo que antes era una forma de explotación aceptable<sup>190</sup>. Es decir, este tipo de regulación es congruente con los valores sociales en juego.

La posición anterior, además, permite explicar los motivos de una protección diferenciada según el tipo de animal, considerando por ejemplo las prohibiciones

---

<sup>188</sup> Ibid, pp. 129-130.

<sup>189</sup> Ibid, pp. 144-145.

<sup>190</sup> Ibid, p. 142.

que operarían en relación con animales de compañía cuando se les cause daño, pero que no operarían en animales de granjas o laboratorio en casos que dicho daño sea similar. Esto se debe a que la consideración de la sintiencia no tiene que ser igual para todos los animales según el principio de evitar su sufrimiento innecesario, ya que según este autor el uso de este principio no depende del nivel de sufrimiento, sino que, de lo necesario de la conducta, lo que quedaría configurado si hay un beneficio para el ser humano en la utilización de los animales. En el caso de las mascotas infringirles dolor no es parte de su uso común a diferencia de los animales que se matan para la alimentación del ser humano<sup>191</sup>.

Si tenemos en cuenta las posiciones éticas ya reseñadas, y los supuestos de la postura defendida por Garner, que no cuestiona el estatus de propiedad de estos seres, no cabe duda las leyes anticrudelistas y los delitos de maltrato animal que utilizan la técnica legislativa de cláusulas generales de “falta de necesidad” o “injustificabilidad” responden a un paradigma bienestarista, ya que estas permiten una aplicación parcial de dichas prohibiciones y la explotación del animal como recurso. Esto, sin embargo, no es óbice para considerar que el animal pueda tener otro estatus además del de propiedad, que requiera una regulación fundamentada en una ideología distinta. Además de que no demuestra las fortalezas como técnica legislativa de las cláusulas generales en delitos de maltrato animal, ni su consistencia con el objetivo de proteger progresivamente a los animales no humanos. Lo cual se analizará en la sección siguiente.

---

<sup>191</sup> Ibid, pp. 144-145.

### 2.3) Crítica de la técnica legislativa empleada en legislación antirrudelista

En esta sección se analizará brevemente y de forma crítica el uso de cláusulas de “injustificabilidad” o “falta de necesidad” en la práctica, teniendo en cuenta la aplicación de sanciones emanadas de legislación antirrudelista, además de la adecuación de esta técnica legislativa para resguardar los posibles intereses de animales no humanos y los problemas en general para una progresiva protección de estos seres bajo la regulación bienestarista. A partir de la muy elocuente crítica que hace Francione a este respecto.

En relación con lo anterior, si se profundiza en la crítica que hace Francione a la regulación propia del bienestarismo jurídico más específicamente en cuanto a las leyes o estatutos antirrudelistas que ocupan cláusulas generales como injustificadamente o falta de necesidad en ilícitos donde se cause dolor, daño o muerte a los animales no humanos. Este autor da cuenta que dicha regulación tiene poco que ver con un fin orientado a proteger la vida, salud o en definitiva el bienestar de los animales no humanos, sino que el principal propósito de esta regulación es resguardar intereses meramente humanos y de propiedad<sup>192</sup>.

Para desarrollar la idea anterior, Francione analiza casos en que se aplicaron las leyes antirrudelistas en Estados Unidos, dando cuenta que los tribunales no se suelen tomar seriamente en cuenta la violación a estos estatutos privilegiando en muchos casos derechos de propiedad, dando como resultado decisiones poco razonables. Habiendo casos en que a pesar de haber condenas por causar

---

<sup>192</sup> FRANCIONE, G. *Animals, Property, and the Law*. Filadelfia, United States, Temple University Press, 1995, p. 125.

sufrimiento o daño al animal por parte del dueño de dicho animal, las cortes se han opuesto a decomisar<sup>193</sup> al animal<sup>194</sup>.

Es más Francione sostiene que si se analizan algunas características de estos estatutos, se observa que tienen un enfoque exclusivamente antropocéntrico y que el cambio de estadio que significó la creación de legislación anticrudelista respecto del estadio anterior en el cual la causación de daño, dolor o sufrimiento al animal no humano se penaba meramente como un ilícito contra la propiedad, es engañoso y solo aparente, ya que las leyes anticrudelistas también se centran principalmente en preocupaciones sobre la propiedad<sup>195</sup>. Esto se debe a que los casos de conducta cruel o que causen daño al animal no humano que escapan la proscripción de los estatutos, están enmarcadas en lo que este autor denomina “explotación animal institucionalizada”<sup>196</sup>.

Dicha explotación se basa en el presupuesto que los animales son bienes y que deben ser tratados de forma adecuada según su estatus, es decir como medios para fines humanos. Que dicha explotación sea “institucionalizada” significa que se reconoce que la actividad es valorada y legítima para la sociedad, en otras palabras, el sufrimiento o daño al animal que pueden provenir de actividades tales como la caza, la ganadería, se reconoce como un costo económicamente eficiente ya que se ven superados por los beneficios que representan el uso del animal bajo dichas actividades. Una vez que cierta actividad como las anteriores,

---

<sup>193</sup> Ibid, pp. 119-120

<sup>194</sup> Esto se puede contrastar con la implementación de las leyes de bienestar en Finlandia, ya que este país tiene una basta regulación para aplicar sanciones, siendo una de estas el decomiso de animales, lo que dependerá de circunstancias, tales como: el tipo de ofensa o daño que se causó al animal, si el trabajo del ofensor involucra el trato con animales, la reincidencia en este tipo de ofensas, etc. En: KOSKELA, T. Implementation of Animal Welfare Legislation and Animal Welfare Offences in Finland. Global Journal of Animal Law. 7(1), ag. 2019. [en línea]: <https://ojs.abo.fi/ojs/index.php/gjal/article/view/1657> [consulta: 03 de diciembre 2020].

<sup>195</sup> FRANCIONE, G. Animals, Property, and the Law. op. cit., pp. 124-125.

<sup>196</sup> Ibid, pp. 129-131

se consideran legítimas, la matanza o el daño a los animales que sea funcional para dicha actividad es aceptable, no quedando prohibida bajo los términos de la regulación anticruelista<sup>197</sup>.

Francione indica que la explotación animal institucionalizada bajo los estatutos anticrueldad se realiza bajo cuatro instrumentos a saber, primero alguno de los estatutos requiere que el acusado actúe con un estado mental particular para aplicar sanciones, lo que es difícil de probar. Segundo, en general esta legislación tiene amplias exenciones para prácticamente todas las actividades que tradicionalmente implican el sufrimiento y la muerte de los animales, como la caza, la pesca, la cría de animales, etc. Tercero, estos estatutos sólo prohíben explícitamente aquellas actividades en las que se impone una crueldad "innecesaria" o "injustificada". Y finalmente, la mayoría de estas leyes impone penas relativamente bajas por su violación<sup>198</sup>.

Como se puede observar, el tercer instrumento se corresponde con el uso de cláusulas generales como técnica legislativa en delitos de maltrato animal, siendo según este autor probablemente el instrumento más importante para perpetuar dicha explotación y una muestra que el deber de protección hacia los animales que es uno de los propósitos declarados de esta regulación, en la práctica es inútil<sup>199</sup>. Esto se debe a que la cláusula de necesidad o de justificación en la conducta cruel o dañina para el animal que haría decaer la aplicación de la prohibición, se ha interpretado como una exigencia de un trato humanitario al animal no humano, y dicha forma de trato se traduce en hacer un balance entre el

---

<sup>197</sup> Ibid, pp. 129-132.

<sup>198</sup> Ibid, p. 134.

<sup>199</sup> Ibid, pp. 134,142-144.



interés humano y el animal, pero dicho balance ya está cargado a favor del ser humano cuando la actividad es parte de la explotación socialmente aceptable<sup>200</sup>.

En referencia a los estatutos anticrueldad, las únicas actividades que quedan por prohibirse serían las que no generen ningún beneficio socialmente reconocido, y la división entre las actividades que se consideran crueles y los que no lo son, no está determinado por la naturaleza de la propia actividad, sino más bien por preocupaciones orientadas a la propiedad<sup>201</sup>. Esto se puede observar en que la cláusula de necesidad en estos estatutos, no se puede interpretar en un sentido ordinario o común del lenguaje, sino que se debe interpretar en un sentido técnico donde se tiene que considerar si el comportamiento es justificable por referencia a la actividad legítima o aceptada que forme parte de la explotación institucional. Es solo cuando la conducta en cuestión no forma parte de ninguna explotación animal institucional se puede aplicar el entendimiento común, u ordinario, del término necesidad<sup>202</sup>.

En concordancia con lo anterior, las actividades exentas, no exigen que la conducta que cause sufrimiento al animal deba ser razonable para que se considere que cae dentro de la exención. Sino que dicha conducta debe representar las prácticas "aceptadas" o "normales" dentro de la clase particular de actividad, dejando esa determinación a las "reglas" de la profesión o actividad, o a la costumbre<sup>203</sup>. Es decir, se deja esta determinación a los propios explotadores.

---

<sup>200</sup> En este hilo de ideas, Francione célebremente crítico las posiciones utilitaristas de Bentham y Singer, las cuales según este autor inspiraron la actual regulación bienestarista, ya que estas se basan en la evitación del sufrimiento innecesario al aplicar un principio de igual consideración entre el sufrimiento animal con el humano, lo que se ha traducido precisamente en este balance de intereses entre animales no humanos y animales humanos. FRANCIONE, G. El error de Bentham (y el de Singer). op. cit., pp. 40-41.

<sup>201</sup> FRANCIONE, G. Animals, Property, and the Law. op. cit., p. 130.

<sup>202</sup> Ibid, p. 134.

<sup>203</sup> Ibid, pp. 140-142.

En este sentido, solo se aplicarían los estatutos anticrueldad a actividades más bien marginales, en que no hay beneficio económico, o que no sean aceptadas socialmente como pueden ser la pelea de gallos, torturar animales domésticos por mero placer sádico, sacrificios rituales de cultos religiosos no reconocidos, etc. Aplicándose las prohibiciones a casos que exceden el sufrimiento o daño aceptable en la explotación institucional o estén fuera de esta.

Un caso ilustrativo de que la regulación anticrudelista solo prohíbe comportamientos fuera de la “explotación animal institucional”, y que muestra en general los problemas de aplicar sanciones bajo regulación bienestarista, es el caso “State ex rel. Miller v. Claiborne”. En dicho caso al discutirse la protección normativa que tendrían los gallos a nivel estadual bajo la normativa que prohíbe la crueldad animal, la Corte Suprema de Kansas -que veía el caso-, considero que los gallos respecto a las practicas humanas no suelen ser considerados como animales, sino que serían simplemente pájaros<sup>204</sup>. Es decir, este tribunal concluye que no se podrían clasificar como animales en el sentido de los estatutos, lo que muestra lo poco clara que es dicha regulación, la cual permite una gran deferencia por parte de los tribunales para impedir la aplicación de sanciones y en definitiva muestra la predominancia de intereses económicos por sobre intereses de bienestar animal, ya que los gallos son animales comúnmente usados como recurso.<sup>205</sup>

En conclusión, la interpretación de cláusulas generales en legislación anticrudelista harían aplicable la prohibición de comportamientos crueles, o que causen daño, dolor o sufrimiento (innecesario o injustificado) al animal no humano, solo cuando dicho comportamiento consista en actividades que

---

<sup>204</sup> CHIBLE M. Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho op. cit., p. 378.

<sup>205</sup> Chible crítica los desaciertos y la poca claridad de la regulación anticrudelista, véase: Ídem.

representen un acto que se ejecuten de forma gratuita y sin motivo útil desde un punto de vista económico, ya que estos comportamientos causan una disminución del bienestar social total porque se ha perdido un recurso -el animal- sin que haya ningún beneficio que compense dicha pérdida. No habiendo un real interés en la creación en la normativa propia del bienestarismo jurídico de ponderar los intereses animales con los humanos, solo inclinándose el balance a favor de los animales en casos excepcionales. De hecho, Francione sostiene que el bienestarismo haría más aceptable la explotación animal al tranquilizar la conciencia del público con la falsa seguridad de que se ha disminuido el sufrimiento de los animales<sup>206</sup>, cuando en realidad los efectos de esta regulación en cuanto la evitación de muerte o sufrimiento del animal no humano es mínima<sup>207</sup>. Si este autor tiene razón el modelo regulativo emanado del bienestarismo jurídico, sería incapaz de impugnar la infraestructura institucional que legitima la explotación de los animales no humanos como recurso, ni podría otorgarse protección jurídica de forma relevante a estos animales, ya que la legislación anticrudelista se usaría para justificar la estructura de explotación.

Es por lo anterior que en la siguiente sección se analizaran las bases de un modelo distinto al del bienestarismo jurídico que pueda impugnar el uso del animal como recurso a ser explotado, y permita criminalizar comportamientos que afecten los posibles intereses de los animales no humanos.

---

<sup>206</sup> FRANCIONE, G. The abolition of animal Exploitation. En: FRANCIONE, G. y G., Robert. The Animal Rights Debate: Abolition or Regulation?. Nueva York, Columbia University Press, 2010, pp. 25-26.

<sup>207</sup> Para una crítica detallada de la regulación bienestarista acorde a su efectividad en la protección de los animales y consecuencias sociales, véase: Ibid, pp. 1-85.

### **3) SUPERACIÓN DEL BIENESTARISMO JURÍDICO, RECOMENDACIONES PARA LA TUTELA JURÍDICO PENAL DEL ANIMAL NO HUMANO**

Este capítulo se aproximará a la cuestión de cómo superar una visión bienestarista de los delitos de maltrato animal, ya que esta posición en su mejor versión otorga una protección mínima a los animales y aminora dramáticamente la aplicación de figuras penales en relación con estos seres. Para esto se dejará atrás el uso de cláusulas generales, entregando los lineamientos para una posible alternativa en cuanto las posibles futuras decisiones de criminalización relacionadas con animales no humanos, que llene el vacío que deja el prescindir de esta técnica legislativa, y que sea congruente con una ideología que busque una progresiva protección por parte del ordenamiento jurídico hacia estos seres.

En relación con lo anterior, se analizará la posición que considera que las actuales leyes de bienestar animal o normativa anticrudelistas podrían interpretarse como una forma de otorgar derechos en sentido jurídico a estos seres, analizando las principales críticas que se han interpuesto a esta posición.

Luego, se examinará la posibilidad de extender la comunidad moral de los seres humanos hacia los animales no humanos, lo que en un plano jurídico debería traducirse en el otorgamiento a estos seres de derechos subjetivos de carácter fundamental que no decaigan en consideraciones utilitaristas.

Finalmente se darán recomendaciones en congruencia con los análisis anteriores, sobre los lineamientos para establecer un posible esbozo de lege ferenda, que verse sobre posibles delitos que se puedan establecer en el futuro en relación con estos seres, defendiendo que el principio del daño es un estándar de legitimación adecuado y compatible con el estatus de los animales no humanos.

### 3.1) La discusión acerca del animal no humano como sujeto de derechos

La discusión sobre reconocer u otorgar derechos en sentido jurídico a los animales no humanos no es reciente, y de hecho algunos autores sostienen que las leyes de bienestar animal se pueden interpretar que ya otorgan derechos subjetivos a estos seres considerados de forma individual. Derechos que derivan de la obligación de evitar a estos animales, daño o dolor innecesario<sup>208</sup>. Esto se ha visto reflejado precisamente en el debate en torno al bien jurídico en los delitos de maltrato o crueldad animal, ya que como se reseñó anteriormente hay posiciones que defienden que el verdadero titular del bien jurídico entendido este como bienestar animal, es el propio animal individualmente considerado<sup>209</sup>, quien sería la víctima de los correspondientes delitos y un titular de un derecho a su bienestar o vida.

Sin embargo, a pesar de que incluso si consideramos que esta legislación otorga derechos, dichos derechos solo representarían una obligación de tratar al animal no humano de forma humanitaria, lo que se ha interpretado bajo la forma de un balance entre el interés del animal y el interés humano<sup>210</sup>. Balance el cual se ha cargado inexorablemente a favor del ser humano, ya que el interés humano por consideraciones triviales suele superponerse a los intereses de los animales no humanos<sup>211</sup>, como se explicó en la sección anterior.

La posición anterior hace cuestionarnos si se puede extraer en la actualidad a favor del animal no humano individualmente considerado alguna clase de derechos bajo la legislación bienestarista, para esto se analizará dicha posición

---

<sup>208</sup> En este sentido CHIESA, L. op. cit., pp. 66-67.

<sup>209</sup> Como se vio en la sección supra 2.1.

<sup>210</sup> En palabras de Francione no sería un derecho en absoluto. FRANCIONE, G. *Animals, Property, and the Law*, Filadelfia. op. cit., pp.123-124.

<sup>211</sup> En detalle en cuanto los problemas de las leyes bienestarista como una forma de proteger al animal no humano véase: FRANCIONE, G. *The abolition of animal Exploitation*, op. cit., pp. 1-102.

haciéndose cargo de las principales objeciones, a su vez que se examinan los principales desafíos para acentuar una mayor protección del animal no humano.

### 3.1.1.) ¿Las obligaciones emanadas de las leyes de bienestar animal podrían interpretarse como derechos implícitos?

Las leyes de bienestar animal imponen una serie de deberes sobre seres humanos en su relación con al animal no humano, estableciéndose obligaciones positivas por ejemplo referidas a la tenencia responsable de mascotas o animales de compañía, como obligaciones negativas las cuales se han consagrada a grandes rasgos en prohibiciones de causar resultados dañinos al animal<sup>212</sup>. La existencia de estas obligaciones como beneficio para el animal no humano y como forma de limitar el comportamiento humano ha hecho que algunos sectores de la doctrina sostengan que esto significaría que los animales no humanos serían titulares de derechos.

En relación con lo anterior, hay incluso quienes consideran que la normativa establecida en la legislación sobre bienestar animal y las prohibiciones del maltrato o actos de crueldad de animal se acerca cada vez a una tutela del animal no humano como la de las personas naturales<sup>213</sup>. También ha ocurrido que países han extendido la aplicación de derechos humanos a los animales no humanos, siendo paradigmático el caso de la aplicación del *habeas corpus* a la Orangutana Sandra en Argentina como una forma de reconocer que el cautiverio y privación de libertad de este animal es algo ilegal<sup>214</sup>.

---

<sup>212</sup> Estando presente estos dos tipos de obligaciones en la ya mencionada Ley N° 21.020 de Chile, la cual consagra prohibiciones al redefinir el tipo de maltrato animal y obligaciones positivas respecto a las mascotas o animales de compañía.

<sup>213</sup> REQUEJO, C. op. cit., pp.10-11.

<sup>214</sup> En detalle: CHIBLE, M. La protección del animal no humano a través del *habeas corpus*. Derecho y Humanidades. (27), 2016, pp. 37-67.

A pesar de lo anterior, dichas interpretaciones serían excepcionales ya que el entendimiento dominante desde un punto de vista formal es que como cuestión de ley positiva no se concede derechos al animal no humano de forma expresa<sup>215</sup>. Estas distintas posiciones hacen cuestionarnos si es posible que las obligaciones explícitas de los seres humanos sobre estos seres las cuales están presentes en las leyes bienestaristas puedan contar como derecho, usando algún significado del término, que permita reconocer que se concede derechos a estos seres de forma implícita solo faltando su reconocimiento expreso y formal por parte del derecho.

Un argumento a favor de que las leyes de bienestar confieren derechos se basa en un entendimiento que correlaciona deberes y derechos, en este sentido las obligaciones para proteger a los animales contarían como una imposición sobre el comportamiento de los seres humanos que puede ser entendida como un deber para los humanos, a su vez que esta obligación al ser beneficiosa para los animales contaría para ellos como un derecho. Sin embargo, este entendimiento de derechos, como da cuenta Stucki se basa en una correlación simplista, ya que implica que siempre donde hay un deber hay un derecho, a los que se le puede objetar que no todos los tipos de deberes implican un derecho correlativo, porque algunos deberes son de naturaleza no específica y general. En este sentido sólo los deberes relacionales y dirigidos que se deben a alguien y no sólo con respecto a alguien son los correlativos de los derechos<sup>216</sup>. Es decir, los deberes generan derechos sólo en los beneficiarios específicamente previstos por esos deberes.

En relación con lo anterior, los deberes relativos al bienestar de los animales se entienden predominantemente no como deberes indirectos, sino como deberes

---

<sup>215</sup> STUCKI, S. Towards a Theory of Legal Animal Rights: Simple and Fundamental Rights. Oxford Journal of Legal Studies. 0(0), 2020, p. 12.

<sup>216</sup> Ibid, pp. 13-14.

que benefician directamente al animal no humano<sup>217</sup>. En este sentido se caracteriza que evitar el sufrimiento innecesario es un deber directo para con el animal, no obstante, el hecho de que no se entienda al animal no humano -bajo las visiones predominantes- como el portador del bien jurídico. En este hilo de ideas Francione también diferencia entre deberes directos e indirectos, y reconoce que las leyes bienestaristas otorgan un deber directo para con el animal para tratarlo de forma humanitaria, esto sin perjuicio de que dicha obligación sea una débil<sup>218</sup>. En síntesis, los animales no humanos son claramente beneficiarios en un sentido cualificado, no son beneficiarios meramente accidentales o incidentales, sino que los beneficiarios primarios, directos y previstos de los deberes de bienestar animal<sup>219</sup>.

No obstante, lo anterior, a pesar de que los animales se pueden considerar como los beneficiarios previstos por estos deberes, se crítica que la visión que correlaciona derechos y deberes sería una concepción redundante en el sentido que los derechos solo sería una mera traducción de los deberes presentes en las leyes de bienestar animal. Esta objeción puede ser superada como da cuenta Stucki, al invertir la relación de correlatividad entre deberes y derechos, donde los deberes serían generados por derechos, siendo estos últimos previos, además de ser los fundamentos que justifican los deberes. Sin embargo, esta autora agrega que, si se entienden los derechos como justificación de los deberes, habría un problema en identificar las leyes de bienestar animal como la fuente de derechos animales, ya que esto haría a los derechos lógicamente posteriores a los

---

<sup>217</sup> FEINBERG, J. *The Rights of Animals and Unborn Generations*. op. cit., pp. 161-162, 166.

<sup>218</sup> Ya que tiene como límite la mayoría de los intereses humanos. FRANCIONE, G. *Animals, Property, and the Law*. op. cit., pp.122-124.

<sup>219</sup> STUCKI, S. op. cit., pp. 13-14.



deberes. Siendo necesario para solucionar este problema, redefinir el argumento de la correlatividad<sup>220</sup>.

Un argumento invertido y calificado de la correlatividad debe mostrar que hay derechos de los animales que existen antes de los deberes positivos que trae a colación la legislación bienestarista, en palabras de Stucki estos deberes de bienestar animal tienen que explicarse de manera plausible como algún tipo de reflejo codificado, o manifestación visible, de los derechos animales "invisibles" de fondo que justifican estos deberes. En este hilo de ideas, esta autora sigue a Gewirth el cual ofrece una explicación plausible para comprender la relación entre derechos y deberes, al dar cuenta que el contenido de un "derecho", un interés es lo que existe de forma independiente y previa a un deber, siendo además la causa y justificación para la creación de dicho "deber", el cual a su vez es constitutivo de un "derecho". La distinción entre "derecho" y su contenido a saber un interés, permite que este último sea la causa y correlato de un deber el cual es impuesto para proteger un interés preexistente. Así puede reafirmarse, más precisamente, que no son los derechos, sino los intereses protegidos los que constituyen la base de los deberes<sup>221</sup>. Siguiendo esta teoría, los intereses de los animales serían la base de los deberes concernientes al bienestar animal, y esto, a su vez, es conceptualmente constitutivo de los derechos de los animales<sup>222</sup>.

En este sentido, las leyes de bienestar animal se podrían interpretar que son la base para reconocer derechos implícitos a partir de los deberes que le son correlativos, ya que dicha legislación, por ejemplo, en cuanto a las prohibiciones de infligir sufrimiento innecesario al animal no humano se han interpretado que

---

<sup>220</sup> Ídem.

<sup>221</sup> Esta especificación es coherente con la definición de derechos de Raz, según la cual "tener un derecho" significa que un aspecto del bienestar del titular del derecho (su interés) "es motivo suficiente para considerar que otra(s) persona(s) está(n) sometida(s) a un deber, en STUCKI, S. op. cit., pp.14-16.

<sup>222</sup> Ibid, pp.15-16.

tienen como bien jurídico subyacente el bienestar del animal, el cual sería el interés que es la base para la creación de deberes a imponer sobre los humanos. Siendo la característica esencial de las normas que confieren derecho es que tengan por objeto específicamente la protección de intereses o bienes individuales. Ahora bien, esto operaría en un plano conceptual ya que para que sea un derecho que tenga importancia en el mundo jurídico se debe reconocer el derecho legalmente, lo cual se determina por normas jurídicas aplicables, siendo más bien una posibilidad teórica e interpretativa<sup>223</sup>. Esto sin perjuicio, de que la posibilidad, que permite explicar a nivel formal que los animales no humanos pueden ser titulares de un derecho a su bienestar, pueda servir - excepcionalmente- como base para un reconocimiento judicial de los animales individualmente considerados, como víctima de delitos mediante una interpretación amplia de las leyes de bienestar<sup>224</sup>.

### 3.1.2) Los posibles derechos animales como derechos esencialmente débiles bajo las leyes de bienestar animal

En contra de esta interpretación que entiende la protección en leyes de bienestar animal como derechos de los animales, también se ha criticado que los posibles derechos que otorgan estas leyes puedan clasificarse como verdaderos derechos, ya que los derechos otorgados por estas leyes serían derechos inusualmente débiles porque no ofrecen la protección normativa que es asociada normalmente a los derechos<sup>225</sup>. Es decir, iría contra la opinión que concibe a los derechos en sentido jurídico como una forma de proteger intereses de especial importancia, siendo común en este sentido metáforas que describen a los derechos como

---

<sup>223</sup> Ibid p.16.

<sup>224</sup> Lo que ha ocurrido en algunos tribunales de Estados Unidos, junto a un acercamiento de la tutela del derecho hacia el animal no humano cercana a la del humano, adelantándose al reconocimiento expreso de derechos, véase: FAVRE, D. op. cit., pp. 21-23

<sup>225</sup> S. STUCKI, op. cit., p. 16.

"cartas de triunfos" las cuales otorgarían a sus portadores un tipo de protección jurídica robusta contra los demás intereses individuales o colectivos que pudieran entrar en conflicto con el interés resguardado, y en definitiva los intereses a proteger por los derechos no podrían sacrificarse por meros cálculos utilitarios ya que la promoción de derechos individuales debería tener prioridad a la mera agregación de bienestar social<sup>226</sup>.

Frente a esta caracterización los posibles derechos concebidos a los animales serían débiles porque protegen intereses en su mayoría de importancia secundaria que otorgan una protección mínima y parecen más bien ser obligaciones residuales de la regulación del uso de estos seres como recursos, y cuando protegen intereses principales como la vida o evitación de sufrimiento son fácilmente vulnerables, decayendo por consideraciones utilitaristas<sup>227</sup>.

A este respecto Stucki extrae de las leyes de bienestar animal derechos secundarios y específicos como por ejemplo ocurre en el caso de animales parte de la industria ganadera, los cuales tendrían el derecho a ser sacrificado con aturdimiento previo. Estos posibles derechos secundarios se basan en la permisividad de conductas que perjudican intereses primarios, como el interés a no ser matado en absoluto<sup>228</sup>.

En el caso de los posibles intereses primarios que se pueden interpretar consagrados como derechos bajo esta legislación, como el derecho a evitar el sufrimiento innecesario frente a tratos crueles, derecho al bienestar, vida o salud, estos se encontrarían regulados bajo la forma de disposiciones generales siendo cercanos a derechos de naturaleza fundamental o derechos humanos. A pesar de

---

<sup>226</sup> FEINBERG J. *The Rights of Animals and Unborn Generations* op. cit., pp. 188-189.

<sup>227</sup> STUCKI, S. op. cit., p. 17.

<sup>228</sup> FEINBERG J. *The Rights of Animals and Unborn Generations* op. cit., pp. 193-194.

esto, la garantía sustantiva que presentan estos posibles derechos hace que no sean disruptivos porque hay un amplio margen de vulneración de estos, debido al gran número de conductas permitidas, o sea las prohibiciones en beneficio del animal tienen poca fuerza normativa y son susceptibles de ser anuladas<sup>229</sup>.

Por supuesto, incluso los derechos humanos tienen que ser equilibrados con otros posibles intereses en conflicto, habiendo un margen de normas permisivas las cuales desplazarían las prohibiciones penales, pero esta permisividad en el caso humano se realiza generalmente a través de la figura de causas de justificación, las cuales para operar suelen tener estrictos requisitos de necesidad y proporcionalidad en la mayoría de los casos. Esto último es precisamente lo que no pasaría con los derechos que protegen intereses animales<sup>230</sup>, ya que estos entrarían en un cálculo utilitario donde decaerían ante intereses humanos menos importantes e incluso triviales, como el uso de estos seres para la alimentación, vestimenta, entretenimiento, o motivos económicos<sup>231</sup>.

Siguiendo a Stucki, esta autora analiza si esta protección jurídica débil hacia los animales no humanos se puede considerar como derechos conceptualmente, según ella esto dependerá si la calidad de la fuerza se considera como un rasgo típico, pero no esencial de los derechos. En este sentido se podría clasificar derechos a partir de la fuerza normativa que tengan, lo cual sería un umbral para determinar lo que cuenta como derecho y descalificar las protecciones legales

---

<sup>229</sup> Feinberg caracteriza que el derecho moral que le debemos a los animales no humanos a evitar su sufrimiento innecesario y un trato cruel comparte la similitud con los derechos humanos de incondicionalidad e inalterabilidad, véase: *Ibid*, pp. 196-197.

<sup>230</sup> El uso de fuerza letal contra animales no humanos que amenazan la propiedad humana es generalmente permitido y a diferencia del uso de la fuerza contra seres humanos no se exige parámetros de razonabilidad, proporcionalidad o uso de alternativas como ejemplifica Francione con casos en que no se aplicó la legislación anticrudelista, véase: FRANCIONE, G. *Animals, Property, and the Law*. op. cit., pp. 125-127.

<sup>231</sup> Decayendo la aplicación de prohibiciones que causen daño al animal si son socialmente aceptadas, como se explicó en la sección supra 2.3 de este trabajo.

que puedan asemejarse al derecho, pero no tengan un peso mínimo. En ese sentido las protecciones jurídicas de los animales no humanos pueden cumplir criterios conceptuales mínimos de los derechos, pero no cumplen la función normativa que los caracteriza, siendo derechos atípicamente débiles e imperfectos<sup>232</sup> .

En síntesis, si es posible interpretar la adscripción de derechos a los animales no humanos a partir de las leyes de bienestar, el derecho que tendrían en la actualidad serían derechos débiles, que por un lado son sustancialmente específicos y secundarios, o bien derechos generales que protegen intereses fundamentales pero que a diferencia de los derechos humanos son altamente infrínges por consideraciones triviales. En este sentido, Stucki propone una clasificación de los tipos de derecho, para diferenciar estos derechos débiles de unos fuertes como los derechos humanos, a partir de distinciones similares respecto de las personas en el marco del derecho público y derecho internacional. Proponiendo utilizar dos categorías conceptuales, a saber, el término derecho simple para los actuales derechos que podrían conceptualmente tener los animales bajo la legislación bienestarista, y derechos fundamentales como el tipo de derecho que idealmente deberían tener los animales no humanos para que a nivel normativo tenga una protección adecuada de sus intereses que no decaiga ante consideraciones utilitaristas o bajo intereses de menor valor<sup>233</sup> .

En cuanto a los criterios de demarcación, para distinguir entre los “derechos simples” y los “derechos fundamentales” de los animales, esta autora tiene en cuenta dos factores, primero la sustantividad entendida como la fundamentalidad o ausencia de esta de los intereses protegidos y segundo la fuerza normativa

---

<sup>232</sup> STUCKI, S. op. cit., p. 18-19.

<sup>233</sup> Ibid, p. 20.

entendida como grado de infracción permitida de dichos derechos. En consecuencia, los derechos simples de los animales pueden ser aquellos derechos cuyo contenido sustantivo es de carácter no fundamental, accesorio o que carecen de fuerza normativa debido a su alta capacidad de ser infringido. Por el contrario, los derechos fundamentales de los animales son derechos jurídicos fuertes, como los derechos humanos, que se caracterizan por proteger intereses fundamentales, tener solidez normativa y poco grado de infracción<sup>234</sup>.

Los "derechos de los animales" que se derivan de las actuales leyes de bienestar serían solamente "derechos simples", porque los derechos específicos como por ejemplo ser aturdido antes de ser sacrificado para el animal de ganado, no tienen la sustantividad necesaria para considerarse un interés digno de ser un derecho fundamental bajo el primer factor. En cuanto al segundo factor, en el caso de los derechos que resguarden intereses fundamentales como la vida o salud, estos se incluirían bajo la categoría de derechos simples, solamente porque en la actualidad su capacidad de ser infringidos es característicamente elevada. Sin embargo, Stucki considera que este último tipo de derechos simples serían la base para futuros derechos fundamentales a favor de los animales no humanos, ya que el alto grado de infracciones permitidas es un rasgo dinámico y cambiante, en la medida en que estos derechos podrían ser tratados en caso de conflicto de una forma que resultaran más sólidos<sup>235</sup>. En otras palabras, si bien los derechos de los animales del segundo subtipo carecen actualmente de la fuerza normativa de los derechos fundamentales, tienen el potencial de convertirse en este tipo de derechos. Por su puesto esto requerirá que las modificaciones legales que hagan esto posible, tengan fundamentos éticos distintos a los emanados de la regulación bienestarista, ya que es de la esencia

---

<sup>234</sup> Ibid, pp. 19-20.

<sup>235</sup> Ibid, p. 20.

del bienestarismo imponer restricciones que hagan carecer a los animales de ventajas legales robustas.<sup>236</sup>

### 3.2) Principales fundamentos para caracterizar al animal no humano como digno de ser titular de derechos subjetivos en sentido fundamental

En la siguiente sección se examinará si el animal no humano puede ser titular de derechos en un sentido relevante e ideal para acentuar una mayor base de protección a estos seres de forma similar a los derechos fundamentales del ser humano, para que, en congruencia con esto, las futuras decisiones de criminalización relacionadas a estos animales puedan ser más disruptivas. Para esto se analizará el estatus moral que poseen los animales no humanos y la posibilidad de extender la comunidad moral de los seres humanos, así como el alcance de los deberes éticos de los seres humanos hacia estos seres.

#### 3.2.1) Los tipos de derechos subjetivos que son compatibles con el animal no humano

Si se parte de la premisa que el animal no humano puede ser considerado de forma individual como un ser compatible con el estatus de titular de derechos es pertinente explicar con qué definición de derecho se trabajará. En este sentido estos seres podrían ser titulares de derechos subjetivos, si se utiliza un concepto de derecho que cubra cualquier tipo de ventaja legal, sin requerir a su vez que el animal no humano sea capaz de tener un deber correlativo del cual dependa su estatus de portador de derecho, pudiéndose ejercer los posibles derechos de estos seres vía representación.

---

<sup>236</sup> Como se explico en la sección supra 2.3, los fundamentos éticos propios del bienestarismo jurídico según Francione servirían para perpetuar la explotación animal institucionalizada.

En relación con lo anterior, hay que dar cuenta que parte de la doctrina ha defendido que los animales no humanos podrían ser titulares de dos tipos de derechos<sup>237</sup>, un derecho que cuente como una demanda o reclamo, y un derecho que resguarde una libertad<sup>238</sup>.

Siguiendo con esta clasificación, se puede entender la libertad como un tipo de derecho compatible con el animal no humano, si se ocupa un concepto de la libertad que la entienda como un derecho activo concerniente al portador, el cual se traduce en reconocer la permisibilidad de ciertas conductas frente a lo cual los otros sujetos del tráfico jurídico tienen un deber de tolerancia. En otras palabras, a quien se le reconoce una libertad como derecho puede hacer o no hacer algo sin que se le pueda objetar<sup>239</sup>. Una objeción respecto de esta caracterización radica en lo redundante de su aplicación para con los animales no humanos, ya que estos serían incapaces de tener ningún deber u obligación porque sus características naturales se lo impiden, debido a su falta de comprensión o bajo nivel de raciocinio<sup>240</sup>. En caso contrario se podría llegar al absurdo de hacer responsable a seres que no tienen capacidad de comprender obligaciones ni normas<sup>241</sup>.

---

<sup>237</sup> STUCKI, S. op. cit., pp. 5-7.

<sup>238</sup> De forma similar Hohfeld que atribuya un sentido al termino derecho, como lo que este autor llama “inmunidad”, dicha inmunidad es correlativa a “discapacidades”, son posiciones de incompetencia normativa de algún individuo. Siendo necesario su reconocimiento para evitar que los derechos sean suprimidos o restringidos. Véase: MAÑALICH, J. P. Animalhood, interests, and rights. *Journal of Human Rights and the Environment*. 11(2), sept. 2020, p. 163.

<sup>239</sup>STUCKI, S. op. cit., pp. 6-7.

<sup>240</sup> Ídem.

<sup>241</sup> Feinberg escribe acertadamente dice: “Punishment can be inflicted on animals to Good effect. But unlinke the genuine punishments inflicted on human criminals, it is no understood by a symbolic convention to express moral judgments on the offender or his past conduct. No animal could understand a moral judgment made about him in any language natural or contrived [...]”. En: FEINBERG J. *The Rights of Animals and Unborn Generations* op. cit., pp. 190-191.



No obstante, la objeción anterior, no tiene en cuenta la importancia práctica de reconocer a nivel legal la libertad natural de los animales no humanos, ya que sin este reconocimiento esta capacidad de los animales queda desprotegida y puede ser afectada por la interferencia de otros, que es lo que de hecho ocurre, al tratar a los animales como meros recursos para satisfacer distintos intereses humanos. Es decir, si se transforma la libertad natural en una jurídica se podría otorgar protección a los animales no humanos que los escude sobre actos de interferencia, sirviendo esta transformación más específicamente para proteger la particular libertad que tiene el animal en la naturaleza, siendo en muchos casos cuestión de vida o muerte<sup>242</sup>.

Por otro lado, la clasificación de los derechos como demanda, reclamo o reivindicación se caracteriza en que los derechos representarían para el portador la capacidad de exigir algo respecto de otro<sup>243</sup>, es decir habría otro sujeto el cual tiene un deber correlativo respecto del titular del derecho para hacer o no hacer algo, y dicho titular puede exigirle ese comportamiento a quien está obligado. La estructura de los derechos como demandas o reclamos es compatible con entenderlos como derechos meramente pasivos ya que conciernen a la conducta de otros y no requieren ninguna acción por el animal mismo, lo que a su vez sería congruente con la incapacidad del animal de tener deberes<sup>244</sup>.

### 3.2.2) El fundamento de derechos subjetivos en los animales no humanos: la teoría del interés.

Como punto de partida es necesario advertir que se fundamentara el estatus de titular de derechos del animal no humano a partir de los derechos que estos seres

---

<sup>242</sup> Un ejemplo sería la prohibición de la caza de animales de ciertas especies.

<sup>243</sup> FEINBERG J. *The Rights of Animals and Unborn Generations* op. cit., pp. 159-160.

<sup>244</sup> STUCKI, S. op. cit., pp. 5-6.

pueden tener moralmente, para que estos sirvan de base para un reconocimiento jurídico<sup>245</sup>. Dichos derechos morales son coherentes con la caracterización de Stucki de derechos fundamentales en secciones anteriores, y con la caracterización que se hace del titular de derechos morales como un ente, cuyos intereses deben ser tratados bajo el principio de igual consideración, y además sus derechos no se pueden sacrificar sin una buena razón, ni por consideraciones utilitaristas para aumentar el bienestar social<sup>246</sup>.

Para esto se fundamentarán dichos derechos a partir de las obligaciones morales que puedan tener los seres humanos con los demás animales. A este respecto siguiendo a Feinberg, para el animal pueda tener el estatus de titular de derechos, esto dependerá de que las obligaciones que puedan tener los seres humanos sea algo que les deba a estos animales directamente y como algo que los animales pudieran reclamar<sup>247</sup>, siendo coherentes con los derechos entendidos como reclamos. Esto hace necesario fundamentar esta caracterización y precisar que es lo que se le podría deber a estos seres.

En relación con lo anterior, el estatus de titular de derechos se ha podido fundamentar<sup>248</sup>, principalmente bajo dos teorías. La primera sería la teoría de la voluntad donde el propósito de los derechos es promover y proteger algún aspecto de una autonomía individual y realización personal, siendo así los derechos en sentido jurídico una decisión respetada donde el portador de dicho derecho solo sería compatible con las entidades que poseen agencia y competencia jurídica. Dicha teoría, sin embargo, es criticada por su falta de

---

<sup>245</sup> Por su puesto no todo derecho en sentido moral es reconocido jurídicamente, sino que es una relación contingente ya que el reconocimiento jurídico depende de mecanismos legales. En un sentido similar: MAÑALICH, J. P. *Animalhood, interests, and rights* op. cit., pp. 161-162.

<sup>246</sup> Siendo congruente con los tres sentidos que distingue DeGrazia para el término “moral rights” como es explicado en: *Ibid*, p. 162.

<sup>247</sup> FEINBERG J. *The Rights of Animals and Unborn Generations* op. cit., pp. 161-162, 166.

<sup>248</sup> STUCKI, S. op. cit., pp. 8-9.

inclusividad respecto a la clase de posibles titulares de derechos, ya que deja fuera los derechos que se le conceden a los seres que solo pueden ser sujetos pasivos y que no buscan una realización personal en el mundo a partir de su autonomía, como son los animales no humanos. Es por esto por lo que esta teoría no podría proteger los aspectos básicos de existencia corporal de los animales, y se suele fundamentar los derechos subjetivos de estos seres a través de otra teoría, más precisamente la teoría del interés<sup>249</sup>.

La teoría del interés encuentra una formulación precisa en la obra de Ihering, quien defiende un concepto de derecho subjetivo, entendido este como una pretensión correlativa al deber de otro<sup>250</sup>, que tiene como sustrato el interés de un individuo que sea merecedor de protección y reconocimiento jurídico<sup>251</sup>. En el caso de los animales no humanos la base de sus derechos sería algún interés que estos seres tienen naturalmente los cuales se pueden transformar en derechos en sentido jurídico. En otras palabras, pasarían a ser esencialmente "intereses jurídicamente protegidos", habiendo respecto a los posibles titulares de derechos, poco filtrado conceptual, ya que solo se exige que dichos titulares puedan tener intereses<sup>252</sup>.

A primera vista la definición de interés puede parecer sobre incluyente y abarcar incluso plantas u objetos, siendo común que en el lenguaje ordinario se hable de que ciertas acciones se realizan por el bien de dichas plantas u objetos. Sin embargo, esto se debe a un mal uso del lenguaje. Autores como Feinberg explican que para que un ente pueda tener interés de los cuales puedan predicar y reclamar de forma significativa derechos, es necesario que el reclamo verse

---

<sup>249</sup> Ídem.

<sup>250</sup> MAÑALICH, J. P. Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos de derecho op. cit., pp. 325-326.

<sup>251</sup> MAÑALICH, J. P. Animalhood, interests, and rights, op. cit., pp.156-157.

<sup>252</sup> STUCKI, S. op. cit., p. 10.

sobre algún interés que el ente valore por sí mismo porque significa para este ente algún bien<sup>253</sup>. En el caso de los objetos y plantas cuando se habla de hacer un acto en su propio interés como por ejemplo su conservación lo que en verdad se quiere decir es que su conservación será en beneficio de algún ser humano. A una roca por ejemplo no le importa si es partida por la mitad, pero quizás si esa roca había sido convertida en una escultura apreciada culturalmente, a los miembros de dicha comunidad les interesara mantenerla intacta porque le atribuyen valor histórico. En otras palabras, es un interés o bienestar indirecto, ya que el interés es en verdad de un ser humano sobre ese objeto, siendo característico de las cosas u objetos que no tengan valor por su propio bien, sino que su bienestar es valioso para intereses de otros seres<sup>254</sup>.

De forma similar, Stucki clarifica que, para tener el estatus de titular de derechos bajo la teoría del interés, es necesario complementar la capacidad de tener intereses con un criterio moral referido a tener un estatus moral, es decir este estatus sería un límite a esta teoría, lo que hace que solo aquellos entes que puedan tener intereses cuyo bienestar no es instrumental sino intrínseco puede tener derechos. En síntesis, se requiere como condiciones para que los animales no humanos sean titulares de derechos, que estos tengan intereses y que la protección de estos intereses se requiera no sólo por razones ulteriores, sino por su propio bien, porque su bienestar es intrínsecamente valioso<sup>255</sup>.

Ahora si los animales son capaces de tener intereses en el sentido relevante de tener derechos y si tienen un estatus moral en el sentido de inherente o último, ha sido debatido, algunos han negado que los animales poseen intereses basados en una comprensión de los intereses como deseos y anhelos que requieren

---

<sup>253</sup> FEINBERG, J. *The Rights of Animals and Unborn Generations* op. cit., pp.160-161.

<sup>254</sup> *Ibid*, p. 167-168.

<sup>255</sup> STUCKI, S. *op. cit.*, p. 10.

capacidades cognitivas complejas, como tener lenguaje. Sin embargo, como da cuenta Stucki la mayoría de quienes siguen la teoría del interés optan por una comprensión más amplia de los intereses en el sentido de "estar en el interés de alguien". Lo que significa que un titular de intereses puede "mejorar o empeorar" y es capaz de beneficiarse de alguna manera de la protección, típicamente los intereses en este sentido amplio están ligados a la sensibilidad, la capacidad de acción consciente y las experiencias subjetivas de dolor, sufrimiento y placer<sup>256</sup>.

En relación con lo anterior, la noción de interés que va a contar como el sustrato de un derecho subjetivo de un ente, se pueden precisar a partir de la categoría de estados intencionales. Esta categoría no se corresponde con el uso que se le da a este término en el lenguaje ordinario, es decir no significa meramente la expresión de una intención o la determinación de una voluntad en orden a un fin, sino que estado intencional hace referencia a una categoría técnica que es más amplia, ya que incluye creencias o expectativas, que son estados que no dependen de una voluntad determinada o calculada. Siendo ejemplos de estados intencionales los deseos, las creencias, los temores, las expectativas, etc<sup>257</sup>.

Dentro de esta categoría de estados intencionales, es interesante examinar los deseos, las expectativas o preferencias, ya que desde un punto de vista externo el mundo debería adaptarse al deseo -que esta al interior de la mente- para que dicho deseo o expectativa se vea realizada. Esto importa en relación con los animales no humanos porque dichos estados tienen una dirección de ajuste que va de la mente hacía el mundo, lo que hace posible que dichos estados para el

---

<sup>256</sup> Ibid, pp. 10-11.

<sup>257</sup> MAÑALICH, J. P. Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos de derecho op. cit., pp. 325-327.

ente que los posee se pueden satisfacer o frustrar<sup>258</sup>. En otras palabras y más precisamente el portador de un interés es alguien para quien el mundo y las acciones u omisiones de los demás ya pueden satisfacer o frustrar sus estados intencionales<sup>259</sup>. Teniendo sentido que se pueda atribuir intereses a todos aquellos individuos para los cuales el mundo pueda terminar siendo frustrante o gratificante desde el punto de vista de cómo es la realidad del mundo satisface o frustra dichos estados intencionales<sup>260</sup>. Esta categoría se correspondería con el sentido que daba Feinberg para que un ente se le pueda predicar un interés, este tiene que ser por su propio bien<sup>261</sup>.

Visto desde este punto de vista, es claro que respecto de un vasto conjunto de individuos que no pertenezcan a la especie humana tiene sentido atribuir intereses, porque la evidencia neurocientífica sobre la vida mental de muchas especies de animales no humanos vuelve casi indiscutible que una gran cantidad de estas especies animales tengan precisamente deseos, preferencias, expectativas, etc. De hecho, la teoría del interés concebida por Ihering comienza reconociendo este punto, ya que el estatus de portador de intereses viene de lo que este autor llama la ley de la finalidad que arranca para los seres humanos de la experiencia de su vida animal<sup>262</sup>.

En síntesis, es posible reconocer que los animales no humanos tienen la capacidad de ser portadores de intereses que irían en su propio beneficio, siendo además los tipos de seres que poseen teóricamente las cualidades necesarias y

---

<sup>258</sup> Sobre los estados intencionales en más detalle MAÑALICH, J. P. *Animalhood, interests, and rights* op. cit., pp.158-159

<sup>259</sup> MAÑALICH, J. P. *Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos de derecho* op. cit., pp. 326-327.

<sup>260</sup> Ídem.

<sup>261</sup> FEINBERG J. *The Rights of Animals and Unborn Generations* op. cit., pp.165-167

<sup>262</sup> MAÑALICH, J. P. *Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos de derecho* op. cit., pp. 325-326.

suficientes para tener derechos subjetivos bajo la teoría del interés. Siendo razonable que se le puedan atribuir una vasta cantidad de derechos subjetivos a estos seres, a partir de intereses concernientes a su bienestar, tales como su salud, integridad psíquica o física, su libertad ambulatoria, etc.

### 3.3) Consideraciones para un esbozo de lege ferenda en la tipificación de futuros delitos relacionados con animales no humanos, a partir del principio del daño

La consideración de que los animales no humanos son compatibles con el estatus de titular de derechos subjetivos, además de que en un plano moral el reconocimiento de sus intereses debería dar nacimiento a diversas obligaciones para los seres humanos y en definitiva abrir la posibilidad de otorgar a estos seres en un plano jurídico derechos con suficiente fuerza normativa para no decaer en consideraciones triviales. Hacen necesario analizar un estándar compatible con esto, para que las futuras decisiones de criminalización en relación con los animales no humanos puedan reflejar adecuadamente la protección de los intereses que puedan poseer estos seres.

Es por lo anterior que en esta sección se analizará brevemente un principio para que las futuras decisiones de criminalización en relación con los animales no humanos sean legítimas y compatibles con las características de estos seres.

Un principio que nos sirve como estándar para dar cuenta de la legitimidad, de las decisiones de criminalización en un estado democrático y de derecho es el principio del daño o principio de la lesividad, conocido como *harm principle* en

la literatura anglosajona, consagrándose originalmente por John Stuart Mill y desarrollado de forma contemporánea y definitiva por Joel Feinberg<sup>263</sup>.

Dicho principio, por supuesto no es el único que sirve para fundamentar y establecer los límites en la creación de futuras decisiones de criminalización, hay que dar cuenta que Feinberg reconoce otro principio para estos efectos, a saber, el principio de ofensividad. Este último principio como fundamento de nuevos tipos penales es aplicable cuando una forma de comportamiento es socialmente intolerable<sup>264</sup>, pero sin llegar a perturbar o alterar a ningún ente individualmente considerado, o sea sin dañar o ser lesivo para otro que pueda ser considerado como potencial víctima de un delito. Este principio operaría cuando hay razones suficientemente fuertes basadas en una moral social, para que ciertas formas de comportamientos no dañinas, pero si desagradables sean legítimamente criminalizadas<sup>265</sup>.

El principio de ofensividad es importante porque podría ser compatible con la tesis de quienes consideran que los animales no humanos no pueden ser víctimas de delitos y que en las leyes bienestaristas el bien jurídico sería uno colectivo o difuso los que se caracterizan por ser delitos sin víctima. Permitiendo explicar por ejemplo la posición de quien considera que el maltrato animal es punible al ser una vulneración de los sentimientos humanos, ya que la respuesta emocional se podría interpretar como algo que resulta desagradable para quien lo presencie sin que eso necesariamente sea un daño para quien lo atestigua, lo que es

---

<sup>263</sup> FEINBERG, J. *The Moral Limits of the Criminal Law: Volume 1: Harm to Others*. Nueva York, Oxford University Press, 1987.

<sup>264</sup> El punto de vista de otros autores, sobre criminalizar comportamientos no dañinos se puede ver en detalle en un análisis que hace Nino sobre la relación de los tipos penales con la moral. En: NINO, C. *El perjuicio como condición de la responsabilidad penal*. En su: *Los límites de la responsabilidad penal*. Buenos Aires, Astrea, 1980. pp. 269-347.

<sup>265</sup> En detalle véase: FEINBERG, J. *The Moral Limits of the Criminal Law: Volume 2: Offense to Others*. Nueva York, Oxford University Press, 1988.



congruente con que este fundamento de emocionalidad apele a la moral social convencional<sup>266</sup>. Siendo también plausible identificar este principio con la posición de quienes identifican que el interés vulnerado en las leyes anticrudelistas sería el bienestar animal, pero sin que este sea la víctima individualmente considerada, siendo el animal solo el objeto del ataque<sup>267</sup>.

A pesar del punto de vista anterior, como vimos en otras secciones de este trabajo hay buenas razones para considerar que el animal no humano por lo menos desde un punto de vista teórico puede tener una relación directa con el derecho es decir que no solo haya obligaciones que sean meramente en relación con el animal, sino que haya obligaciones que sean verdaderos derechos subjetivos del animal, los cuales puedan ser demandados por estos seres. Siendo estas características congruentes con el principio este principio de lesividad, el cual exige que la forma de comportamiento criminalizada resulte en daño para otro<sup>268</sup>.

Ahora bien, el concepto daño o lesividad puede parecer muy amplio pudiendo abarcar no solo a los animales humanos y no humanos, sino que incluso a objetos, siendo menester desambiguar que se entiende por la expresión daño o lesividad bajo este principio. En este sentido Feinberg distingue tres acepciones del término “daño”, siendo la primera una que concuerda con el sentido que se le da a la palabra en el lenguaje ordinario cuando se usa la palabra daño en el marco de una abreviatura para decir algo más complejo<sup>269</sup>. Esto se debe a que en el lenguaje ordinario se acostumbró a hablar de cierta manera y se empezó a

---

<sup>266</sup> El principio de ofensividad permitiría explicar la postura de los tribunales de Estados Unidos en el caso que analiza Chiesa, donde se da muerte a un pez y se considera como víctima a su dueño, dado los sentimientos humanos por su mascota. Véase: CHIESA, L. op. cit., pp. 20-23.

<sup>267</sup> Como se explicó en detalle en la sección supra 2.1 de este trabajo.

<sup>268</sup> FEINBERG J. Harm to Others op. cit., pp. 4-8.

<sup>269</sup> Ibid, pp. 2-4.

ocupar la expresión daño como si el significado fuera correctamente captado por la abreviatura, en este sentido se podría decir que una vasta conjunto de objetos en ciertos contextos pueden ser dañados, pero esto es una metáfora, porque cuando decimos que el objeto ha sido dañado lo que en verdad estamos diciendo es que la destrucción ese objeto ha generado daño para el dueño de dicho objeto o quien tenga algún interés sobre este. Entonces se usa la expresión daño en referencia inmediata a cosas que sin embargo en un sentido más preciso no son susceptibles de ser dañadas, ni pueden ser víctimas. Es por esto Feinberg descarta esta acepción y se concentra en los siguientes dos sentidos<sup>270</sup>.

El primer sentido relevante siguiendo a Feinberg se refiere a que con daño identificamos a un ente cuyo interés o intereses se vean afectados o agravados por el comportamiento de otro, por tanto, el daño sería en este sentido una afectación del interés de otro<sup>271</sup>.

A grandes rasgos Feinberg caracteriza a estos intereses como componentes del bienestar de un ente o más bien el contenido de dichos intereses promover el bienestar de estos entes teniendo que entenderse estos a partir de cierto balance donde la frustración de dicho interés haría que el bienestar del ente disminuyera. Por su puesto hablar de daño en este sentido presupone hacer referencia a entes que son portadores de dichos intereses. Siendo este sentido importante para defender la criminalización del maltrato animal, ya que como vimos en las secciones anteriores los animales serían compatibles con el estatus de portador de derechos subjetivos al fundamentarse dicha posesión a través de la teoría del interés. Entonces uno puede decir que los animales no humanos pueden contar como los tipos de entes que son portadores de intereses, haciendo que las formas

---

<sup>270</sup> Ibid, p. 4.

<sup>271</sup> Ibid, pp. 4-5.

de comportamiento cuya realización puede conllevar afectación de esos mismos intereses puedan contar como daño, ergo los animales no humanos pueden ser dañados en este sentido del principio del daño. A este respecto Feinberg hace una acotación importante, ya que la invasión de intereses solo podría darse por seres humanos ya sea por formas de comportamientos negligentes o dolosas, o actuando individualmente o en grupo, porque la afectación de un interés bajo este principio no apunta a hechos de la naturaleza como un terremoto o la actuación de animales no humanos, sino que más bien apunta a un sentido jurídico<sup>272</sup>.

En congruencia con la acotación anterior, el segundo sentido relevante para Feinberg es entender el daño como un “wrong” o injusto, esto consiste en que cierto comportamiento agravia a otro cuando dicha forma de trato es incorrecta o impermisible desde el punto de vista del derecho. En este sentido el cual es eminentemente normativo, una persona dañaría a otro cuando de forma injustificada y culpable viola el derecho de otro<sup>273</sup>.

Para Feinberg los dos sentidos anteriores son combinables, y de esta combinación resulta la noción de daño que fija el sentido del principio del daño. Generalmente el daño bajo estos dos sentidos se da al mismo tiempo, aunque algunos podrían pensar casos excepcionales en que haya daño en un sentido, pero no el otro. Por su puesto está el caso en que daño puede entenderse como invasión de un interés, pero que esta forma de afectación no sea injusta porque el comportamiento dañino sea justificable o excusable. Esto operaría como una limitación ya que los intereses de las diferentes personas en una sociedad siempre están en conflicto, y este principio del daño tiene que ser consistente con

---

<sup>272</sup> Ídem.

<sup>273</sup> Ibid, pp. 6-7.

este hecho, debiendo incorporar juicios comparativos sobre la importancia de los intereses de distintos entes<sup>274</sup>. También hay que remarcar que el consentimiento tendría un efecto de exclusión bajo este principio del daño como un injusto, cuando dicho consentimiento sea voluntario, ya que esa afectación no es irrespetuosa de la autonomía de la persona afectada, y dicho comportamiento que en la generalidad de casos se pueda entender como afectación de un interés, no lo sería para esta persona en particular ya que precisamente da su consentimiento<sup>275</sup>.

En síntesis, el principio del daño debe entenderse en un sentido combinado o complejo, lo que significa que la legitimidad de una decisión de criminalización bajo este principio depende de que la forma de comportamiento criminalizada resulte dañina para otro esto es, que resulte en la afectación impermissible o incorrecta del interés de otro. Si aplicamos el principio del daño sería razonable que se pudieran criminalizar en general comportamientos que significaran una afectación de un muy amplio conjunto de intereses que podrían tener los animales, no humanos a partir de su bienestar, como sería el causarles dolor, lesiones, muerte, privarlos de libertad, etc. Quedando pendiente el trabajo de concretizar que intereses en específico tienen las distintas especies de animales no humanos, los cuales podrían cristalizarse en derechos subjetivos.

En relación a lo anterior, hay que dar cuenta que el principio del daño suele ser complementado por otro principio, a saber, el principio del *interés particularizado*, el cual fue acuñado por Michael Tooley. El principio del daño (el cual combina dos sentidos del término daño) indica que por daño deberíamos entender la afectación impermissible de un interés, la teoría de Tooley sirve para

---

<sup>274</sup> Ídem.

<sup>275</sup> Ídem.

explicar más precisamente en que consiste este componente “impermissible” de la afectación del interés bajo este principio<sup>276</sup>. Lo que sostiene este último autor es que un derecho subjetivo tiene como sustrato siempre un interés particular que es lo que proclama la teoría del interés particularizado, o sea para que podamos decir que una forma de comportamiento que distintivamente agravia a un ente individual es necesario identificar un interés particularizado que sea promovido por el derecho subjetivo en tal medida vulnerando<sup>277</sup>. La noción de derecho subjetivo de esta teoría es compatible con la teoría del interés que se reseñó en la sección anterior como fuera acuñada por Ihering, la cual a su vez es compatible con los animales no humanos.

En congruencia con lo anterior, se hará referencia brevemente a la posibilidad de que el animal no humano tenga interés en su vida. A este respecto Mañalich explica que Tooley sostiene que: “[...]el criterio para la atribución de un derecho a la continuidad de la existencia debe ser identificado con la propiedad que haría de un animal una persona moral, a saber: la propiedad de ser "un sujeto de intereses no momentáneos" [...] ser un sujeto de intereses no momentáneos es ser una entidad que tiene ya sea "deseos sobre estados futuros de uno mismo o "creencias", pero no deseos, sobre tales estados". La protección de los intereses de uno en una existencia continuada tiene un valor instrumental, ya que la existencia continuada es una condición necesaria para el cumplimiento de cualquier interés no momentáneo”<sup>278</sup>. Siendo lo relevante en ese sentido para poder identificar que el animal no humano pueda tener un derecho a la existencia o su vida, es que pueda ser considerado como una persona moral. En referencia a esto, el propio Tooley dice que los animales podrían ser considerados como

---

<sup>276</sup> En detalle: TOOLEY, M. *Abortion and Infanticide*. Oxford, Clarendon Press, 1983.

<sup>277</sup> MAÑALICH, J. P. *Animalhood, interests, and rights* op. cit., pp. 165-168.

<sup>278</sup> *Ibid*, p. 168. Traducción propia.

“cuasi-personas” ya que la capacidad de los animales no humanos de no tener intereses momentáneos no se da “completamente”, equiparándolos a seres humanos de aproximadamente tres meses<sup>279</sup>. Si tenemos esto en consideración, debido a que si se atribuye un derecho a la vida a “cuasi-personas” como son los seres humanos con tres meses de vida, parece plausible que se pueda extender dicho derecho a los animales no humanos en virtud del principio de igual consideración<sup>280</sup>.

Además de lo anterior, a pesar de la aceptabilidad del principio del daño como compatible con los animales no humanos se puede problematizar el hecho de que incluso si consideramos a los animales como víctimas de delitos aún podrían operar una multitud de normas permisivas que hagan decaer la aplicación de dichas prohibiciones, es decir la postura de autores como Chiesa que dan cuenta que el problema de la poca capacidad disruptiva de las leyes anticrudelistas radica en habría un gran catálogo de causas de justificación -reflejadas en las cláusulas de “injustificabilidad” o “falta de necesidad”- que sería aplicable casi sin límites y por consideraciones utilitaristas o triviales<sup>281</sup>. Sin embargo, este sería un problema aparente ya que la caracterización de derechos que se ha defendido en este capítulo, como compatible con los animales no humanos como sus titulares, a saber derechos fundamentales a ser demandados por entes individuales, son precisamente incompatibles con una ética utilitarista, ya que el utilitarismo no concibe derechos subjetivos, sino que se preocupa del incremento neto de bienestar o interés general, siendo los intereses de los entes en particular irrelevantes desde un punto de vista estrictamente utilitarista.

---

<sup>279</sup> Ibid, p. 169.

<sup>280</sup> Para más detalle de estos revisar, Ibid.

<sup>281</sup> CHIESA L. op. cit., pp.48-52.

Más precisamente la razón por la cual una ética que busca adscribir derechos subjetivos sería incompatible con una ética utilitarista tiene que ver con que los derechos subjetivos se pueden caracterizar como pretensiones de un individuo que este puede esgrimir frente a otros, y que pueden funcionar siguiendo la ya conocida metáfora (que se ha mencionado en este capítulo), como “cartas de triunfo”. En ese sentido habría un derecho del portador de no ser tratado de cierta manera a pesar de que la forma de trato en cuestión sea una que pueda conllevar un incremento del bienestar general, siendo los derechos precisamente un límite a los cálculos de utilidad<sup>282</sup>.

La consideración anterior, significaría que los derechos subjetivos que puedan tener los animales no humanos al ser portadores de intereses deberían tenerse en cuenta en las futuras decisiones de criminalización que se fundamenten bajo el principio del daño, en relación a estos seres. Esto tendría como consecuencia que se eliminen como conductas justificadas prácticas tales como la industria ganadera, las corridas de toros, el rodeo, la pesca o caza y en general todas las que conlleven el uso del animal como recurso, ya que estas se justifican meramente por razones de bienestar social o cálculo utilitario, pudiéndose criminalizar a futuro conductas respecto a estas prácticas.

---

<sup>282</sup> Lo que se expuso en la sección supra 3.1 y 3.2.

## CONCLUSIONES

En el análisis de la legislación de múltiples ordenamientos jurídicos en el mundo respecto de delitos de maltrato animal o legislación anticrudelista, se puede decir que hay un importante punto en común, a saber, el uso de cláusulas generales de “injustificabilidad” o falta de necesidad como técnica legislativa. La importancia de esta técnica radica en que opera como una importante limitación para la aplicación de estos delitos, ya que dan una gran deferencia para su interpretación. Esto se debe a que hay que tener en cuenta los valores presentes en los sistemas jurídicos en que dichas normas se insertan, para que se vean configuradas estas cláusulas, dando como resultado que se permita causar resultados consistentes en daño, dolor o sufrimiento al animal no humano.

Las cláusulas generales presentes en delitos de maltrato animal o legislación anticrudelista, se fundamenta en un paradigma ético propio del bienestarismo jurídico, el cual se caracteriza por no cuestionar la explotación de los animales no humanos, sino que solo busca limitarla. De la crítica de Francione a este respecto, se puede deducir que la normativa emanada de dicho modelo no busca la protección de estos seres como interés primario, sino que busca resguardar intereses antropocéntricos de propiedad, ya que solo se aplican sanciones penales cuando se causa daño al animal no humano en casos marginales. De forma más concretamente se aplicarían en los casos que no sean para de la explotación animal socialmente aceptada, lo que impediría otorgar una protección relevante a los animales no humanos.

Es por lo anterior, que, si se considera que la técnica legislativa emanada de dicha regulación debe ser superada, se analizó el principio del daño acuñado por Feinberg como un estándar de legitimación adecuado para las futuras decisiones



de criminalización respecto de los animales no humanos. Ya que este principio es congruente, con el hecho de que estos seres en un plano moral deberían tener el estatus de portador de derechos subjetivos de carácter fundamental, los cuales se basan en general en los posibles intereses que estos animales podrían tener respecto a su bienestar. Dichos derechos se caracterizarían por no decaer ante consideraciones utilitaristas o de agregación social, como ocurre con la regulación emanada del bienestarismo.

En este hilo de ideas, además se analizó que en general el animal no humano tendría un interés a su propia existencia, pero quedando pendiente especificar otros posibles intereses que pudieran tener estos seres dependiendo de sus características particulares, como lo es su especie, para consagrarse como derechos subjetivos. Esta labor sería titánica y superaría los márgenes de este trabajo. Sin perjuicio de esto, el análisis del principio del daño en relación a los animales no humanos como posibles portadores de derechos, daría como resultado que la mayoría de las prácticas sociales que son socialmente aceptas respecto a estos animales, como el uso de estos seres para la alimentación, experimentación, vestimenta o entretenimiento, no serían compatibles con el valor moral que se les puede atribuir, siendo justificable su prohibición en futuras decisiones de criminalización.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. AUTORES

ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 1(6): 385-405, 1989. [en línea]: <https://doxa.ua.es/article/view/1989-n6-contribucion-para-una-teoria-de-la-legislacion>. [consulta: 23 septiembre 2020].

BESIO, Martín. Artículos 291 bis y 291 ter. En: COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (directores). Código Penal comentado. Parte Especial. Libro Segundo. Título VI. Santiago, Thomson Reuters. 2019, pp. 261-296.

BRYANT Taimie y SULLIVAN Mariann. Why American Animal-Protective Legislation Does Not Always “Stick” and the Path Forward. En: HILD Sophie y SCHWEITZER Louise (Eds.). Animal Welfare: From Science to Law. Paris, La Fondation Droit Animal, Éthique et Sciences (LFDA), 2019. pp. 77-87.

CAMPANARO, Carla. Crustaceans as sentient beings and their mistreatment. Sentence n. 30177/2017 of the Third Criminal Section of Italian Supreme Court 1. dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies. 8(3):1-2, 2017.

CHIBLE, María José. Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho. Revista Ius et Praxis. 22(2):373-414, 2016.

CHIBLE, María José. La protección del animal no humano a través del habeas corpus. Derecho y Humanidades. (27): 37-67, 2016.

CHIESA, Luis. Why is it a Crime to Stomp on a Goldfish? — Harm, Victimhood and the Structure of Anticruelty Offenses. Mississippi Law Journal. 78(1): 1-67, 2008.

DE LAS HERAS, Joaquín. El bienestar animal como bien jurídico penal. En: CHIBLE, María José y GALLEGO, Javier (Eds.). Derecho Animal: Teoría y práctica. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2018. pp. 185-224.

FAVRE, David. Next Step for animal Rights. dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies. 10(1): 20-24, 2019.

FEINBERG, Joel. The Rights of Animals and Unborn Generations. En su: Rights, Justice, and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy. New Jersey, Princeton University Press, 1980, pp. 159-184.

FEINBERG, Joel. The Moral Limits of the Criminal Law: Volume 1: Harm to Others. Nueva York, Oxford University Press, 1987.

FEINBERG, Joel. The Moral Limits of the Criminal Law: Volume 2: Offense to Others. Nueva York, Oxford University Press, 1988.

FRANCIONE, Gary. Animals, Property, and the Law. Filadelfia, United States, Temple University Press, 1995.

FRANCIONE, Gary. El error de Bentham (y el de Singer). Revista Teorema. 19(3): 39-60, 1999.

FRANCIONE, Gary. The abolition of animal Exploitation. En: FRANCIONE, Gary y GARNER, Robert. The Animal Rights Debate: Abolition or Regulation?. Nueva York, Columbia University Press, 2010. pp. 1-102.

FRASCH, Pamela y LUND, Hollie. The Unequal Treatment of Animals by Species and Practice in the United States: A Moral and Legal Dilemma.dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies. 2(3), 2011.

GALLEGO, Javier. Sobre la posibilidad de un “derecho animal”. En: CHIBLE, María José y GALLEGU, Javier (Eds.). Derecho Animal: Teoría y práctica. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2018. pp. 145-184.

GARCÍA SOLÉ, Marc. El delito de maltrato a los animales. El maltrato legislativo a su protección. Revista de Bioética y Derecho. (extra): 43-53, 2015.

GARNER, Robert. A defense of a Broad Animal Protectionism. En: FRANCIONE, Gary y GARNER, Robert. The Animal Rights Debate: Abolition or Regulation?. Nueva York, Columbia University Press, 2010. pp. 103-175.

GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Parte General, tomo I. 2ªed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

GUZMÁN DALBORA, José Luis. Estudios y defensas penales. 2ªed. Santiago, LexisNexis. 2007. pp. 192-253.

HAVA GARCÍA, Esther. La protección del bienestar animal a través del derecho penal. Estudios Penales y Criminológicos. 31: 259-304, 2011.

HORTA, Óscar. What is Speciesism?. The Journal of Agricultural and Environmental Ethics. 23(3): 243-266, 2010.

HORTA, Óscar. Un paso adelante en defensa de los animales. Madrid, Plaza y Valdés editores, 2017.

KOSKELA, Tarja. Implementation of Animal Welfare Legislation and Animal Welfare Offences in Finland. *Global Journal of Animal Law*. 7(1):, ag. 2019. [en línea]: <https://ojs.abo.fi/ojs/index.php/gjal/article/view/1657> [consulta: 03 de diciembre 2020].

LASCURAÍN, Juan Antonio. Bien jurídico y objeto protegible. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 60: 119-163, 2007.

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: CHIBLE, María José y GALLEGO, Javier (Eds.). *Derecho Animal: Teoría y práctica*. Santiago, Chile. Thomson Reuters, 2018. pp. 405-426.

LEYTON, Fabiola. Ciencia y ética: acerca de la situación de los animales no humanos en la investigación. En: CHIBLE, María José y GALLEGO, Javier (Eds.). *Derecho Animal: Teoría y práctica*. Santiago, Chile. Thomson Reuters, 2018. pp. 289-310.

MAÑALICH, Juan Pablo. El delito como injusto culpable: Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. Revista de derecho (Valdivia), 24(1): 87-115, 2011. [en línea]: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502011000100005>. [consulta: 22 de enero 2021].

MAÑALICH, Juan Pablo. Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos de derecho. Revista de Derecho (Valdivia). 31(2): 321-337, 2018.

MAÑALICH, Juan Pablo. Animalhood, interests, and rights. Journal of Human Rights and the Environment. 11(2): 156-172, sept. 2020.

MATUS, Jean Pierre. Sobre el sentido y alcance del artículo 291 del Código Penal. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile 26(2): 137-166, dic, 2013.

MESÍAS, Jacobo. Los delitos de maltrato y abandono de animales en el Código Penal español. dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies. 9(2):66-105, 2018.

NAVARRO, Irene. Técnica legislativa y derecho penal. Estudios Penales y Criminológicos. 30: 219-267, 2010.

NINO, Carlos. El perjuicio como condición de la responsabilidad penal. En su: *Los límites de la responsabilidad penal*. Buenos Aires, Astrea, 1980. pp. 269-347.

OSSANDÓN, María Magdalena. *La formulación de tipos penales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

REGAN, Tom. Cruelty, Kindness, and Unnecessary Suffering. Philosophy. 55(214): 532-541, oct. 1980.

REGAN, Tom. *En Defensa de los Derechos de los Animales*. (Título Original: *The Case for Animal Rights* 1983). Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2016.

REQUEJO, Carmen. El delito de maltrato a los animales tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies. 6(2): 1-26, 2015.

STUCKI, Saskia. Towards a Theory of Legal Animal Rights: Simple and Fundamental Rights. Oxford Journal of Legal Studies. 0(0): 1-28, 2020.

SZCZARANSKI, Federico. Sobre la Evolución del Bien Jurídico Penal: un Intento de Saltar más allá de la Propia Sombra. Política Criminal. 7(14): 378-453, dic. 2012.

TOOLEY, Michael. Abortion and Infanticide. Oxford, Clarendon Press, 1983.

VÁZQUEZ, Rafael. y VALENCIA Ángel. La creciente importancia de los debates antiespecistas en la teoría política contemporánea: del bienestarismo al abolicionismo. Revista Española de Ciencia Política. (42): 147-164, nov. 2016.

WILENMANN, Javier. Causación lícita de lesiones o de la muerte de animales en el sistema jurídico chileno tras la Ley 21.020. En: CHIBLE, María José y GALLEGU, Javier (Eds.). Derecho Animal: Teoría y práctica. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2018. pp. 427-452.

## II. TABLA DE LEGISLACIÓN NACIONAL

DFL N°1. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile, 30 de mayo de 2000.

Código Penal. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile, 12 de noviembre de 1874.

Ley N°21.020 Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía. Santiago, Chile. Ministerio de Salud. Santiago, Chile, 02 de agosto de 2017.

Ley N°19.473 que sustituye texto de la ley N°4.601 sobre caza y el artículo 609 del Código Civil. Ministerio de Agricultura. Santiago, Chile, 27 de septiembre de 1996.

Ley N°18.892 Ley general de pesca y acuicultura. Ministerio de economía, fomento y reconstrucción Santiago, Chile, 23 de diciembre de 1989.



### III. TABLA DE LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

#### **Alemania**

Animal Welfare Act (Ley de Bienestar Animal). Gaceta de Leyes Federales I, 25 de mayo de 1998. [en línea]: <https://www.animallaw.info/statute/germany-cruelty-german-animal-welfare-act> [consulta: 20 de enero 2021].

#### **Argentina**

Ley N° 11.179, CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA, Argentina (T.O. 1984 actualizado). [en línea:] <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-11179-16546/texto> [consulta: 20 de enero 2021]

Ley N°14.346 Malos Tratos o Actos de Crueldad a los Animales, HONORABLE CONGRESO DE LA NACION ARGENTINA, Argentina, 1954. [en línea]: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-14346-153011/texto> [consulta: 20 de enero 2021].

#### **Austria**

Federal Act on the Protection of Animals, Austria [en línea]: [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV\\_2004\\_1\\_118/ERV\\_2004\\_1\\_118.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV_2004_1_118/ERV_2004_1_118.pdf) [consulta: 20 de enero 2021]

#### **Brasil**

Constitución de la República federativa de Brasil, supremo tribunal federal, de 5 de octubre de 1988. [en línea:]

[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF\\_espanhol\\_w eb.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF_espanhol_w eb.pdf) [consulta: 20 de enero 2021]

## **España**

Ley Orgánica 10, de 23 noviembre de 1995, Código Penal, Jefatura del Estado.

[en línea:] <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> [consulta: 22 de enero 2021]

## **Estados Unidos**

O.C.G.A. § 16-12-4 “2019 Georgia Code” [en línea] <https://law.justia.com/codes/georgia/2019/title-16/chapter-12/article-1/section-16-12-4> [consulta: 20 de enero 2021].

C.R.S. 18-9-202 “2019 Colorado Revised Statutes”, p.472. [en línea:] <https://law.justia.com/codes/colorado/2019/title-18/> [consulta: 20 de enero 2021].

NJ Rev Stat § 4:22-17 “2019 New Jersey Revised Statutes”, p. [en línea:] <https://law.justia.com/codes/new-jersey/2019/title-4/section-4-22-17/> [consulta: 20 de enero 2021].

IA Code § 717B.1 “2019 Iowa Code” [en línea:] <https://law.justia.com/codes/iowa/2019/title-xvi/chapter-717b/section-717b-1/> [consulta: 20 de enero 2021].

IA Code § 717B.3 “2019 Iowa Code” [en línea:] <https://law.justia.com/codes/iowa/2019/title-xvi/chapter-717b/section-717b-3/> [consulta: 20 de enero 2021].

FL Stat § 828.12 “2019 Florida Statutes” [en línea]  
<https://www.flsenate.gov/Laws/Statutes/2019/828.12> [consulta: 20 de enero  
2021].

### **Reino Unido**

Animal Welfare Act 2006. UK, 8th November 2006. [en línea]:  
[https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/45/pdfs/ukpga\\_20060045\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/45/pdfs/ukpga_20060045_en.pdf)  
[consulta: 20 de septiembre 2020].

#### IV. DOCUMENTOS DE INSTITUCIONES

##### **Documentos de la Sociedad Mundial para la Protección de los Animales (World Animal Protection Index)**

Animal Protection Index 2020 - Republic of Austria. [en línea]:  
[https://api.worldanimalprotection.org/sites/default/files/api\\_2020 -  
\\_austria\\_0.pdf](https://api.worldanimalprotection.org/sites/default/files/api_2020_-_austria_0.pdf) [consulta: 19 de enero 2021].

Animal Protection Index 2020 - Federal Republic of Germany. [en línea]:  
[https://api.worldanimalprotection.org/sites/default/files/api\\_2020 - germany.pdf](https://api.worldanimalprotection.org/sites/default/files/api_2020_-_germany.pdf)  
[consulta: 19 de enero 2021].

Animal Protection Index 2020 - United Kingdom of Great Britain and Northern  
Ireland. [en línea]:  
[https://api.worldanimalprotection.org/sites/default/files/api\\_2020 - uk\\_0.pdf](https://api.worldanimalprotection.org/sites/default/files/api_2020_-_uk_0.pdf)  
[consulta: 19 de enero 2021].