

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

**WARNING.** The access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

Tesis doctoral

Animales y Derecho penal:  
Bases dogmáticas para una comprensión del  
animal como “víctima”

Carolina Cecilia Leiva Ilabaca

Enero 2023

Directores

María José Rodríguez Puerta, Universitat Autònoma de Barcelona

Juan Pablo Mañalich Raffo, Universidad de Chile

**UAB**  
Universitat Autònoma de Barcelona

 UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE POSTGRADO



Este trabajo ha sido financiado por la Agencia Nacional de Desarrollo e Investigación (ANID), Programa de Doctorado Nacional 2019-21190851, y por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, a través del proyecto Desafíos Globales para la Democracia y del programa de doctorado en Derecho.



*À toi, mon amour*



## AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, agradezco a mis directores de tesis, María José Rodríguez Puerta y Juan Pablo Mañalich Raffo, por su guía y apoyo a lo largo de este camino. A Juan Pablo, por confiar en mi capacidad para iniciarlo, allá cuando era una abogada cargada de preguntas. A María José, por acogerme con calurosa generosidad, guiándome y ayudándome a crecer, a creer, y a evolucionar hacia la persona y la profesional que soy hoy. Para ella, mi gratitud eterna.

Asimismo, agradezco a los programas de Doctorado en Derecho de ambas universidades. Al programa de la Universidad de Chile, en la persona de su director académico, Gabriel Hernández Paulsen; de su coordinadora ejecutiva, Isabel Montt Gumucio, y de su coordinadora de aseguramiento de la calidad, Bárbara Parada Moreira. A Isabel, especialmente, vaya mi gratitud por hacer de este proceso, con su alegría y apoyo, uno mucho más grato. Al programa de Doctorat en Dret de la Universitat Autònoma de Barcelona, a través de su coordinadora académica, Mercedes García Arán, y de su responsable administrativa, Pilar Alcaraz Aparicio. A ambas, mi mayor gratitud por el invaluable apoyo, tanto académico como humano, dispensado a lo largo de estos años. Asimismo, a Claudia Jiménez Cortés, por haber hecho posible todo un avenir.

Agradezco igualmente a todos quienes, de una u otra forma, aportaron a mi investigación con acertados comentarios y sugerencias. Entre otros, a las profesoras Flavia Carbonell Bellolio, Myrna Villegas Díaz y María Inés Horvitz Lennon, de la Universidad de Chile; a José Luis Guzmán Dalbora y Luis Villavicencio Miranda, de la Universidad de Valparaíso; a Raúl Carnevali Rodríguez, de la Universidad de Talca; a Tomasz Pietrzykowski, de la Universidad de Silesia, Katowice; a Matthew Kramer y Findlay Stark, de la Universidad de Cambridge, y a Claes Lernesdtedt, de la Universidad de Estocolmo. Agradezco, muy especialmente, al profesor Jakob Stagl, por su valioso apoyo y por los incombustibles consejos que arrojaron luz a este proceso.

Ciertamente, este viaje doctoral no habría sido el mismo sin las experiencias vividas en mis visitas de investigación. Agradezco a los profesores Sean Butler y Raffael Fasel, directores del Cambridge Centre of Animal Rights Law, de la Universidad de Cambridge, por haberme acogido como *visiting fellow*, enriqueciendo enormemente mi proceso de investigación y contribuyendo de manera invaluable a mi formación como investigadora



y docente. Asimismo, agradezco al profesor Visa Kurki, de la Universidad de Helsinki, no sólo por haber generosamente tutelado mi visita de investigación en el “ANIWERE Project” de la misma Universidad, sino que también por haberme mostrado, con el rigor y agudeza de sus comentarios, pero también con su calidad humana, el ideal de investigación académica al que aspiro contribuir.

Asimismo, vayan mis agradecimientos a mis compañeros y amigos del Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile, Osvaldo de la Fuente Castro y Matías Villalón Aguirre, por su amistad y compañía a lo largo de todos estos años. A mi amiga del alma y de toda una vida, Piera Norero Wallace, por estar siempre conmigo, pendiente de mi bienestar en el avance de este “diplomado”, y a mi primo querido, Christian Mazú Leiva, por estar incesantemente a mi lado, apoyándome en cada paso.

A mis padres, Ana y Néstor, para quienes mi amor, admiración y gratitud excede con creces lo que cabe a esta sola etapa de mi vida; a mis hermanos, Gabriela y Ricardo, por su amor, por su apoyo y por las risas, hoy y siempre; y a mis suegros, Anne-Marie y Michel, por todo el cariño y sostén que me han brindado a lo largo de este proceso.

Finalmente, agradezco a Olivier Le Bot, mi compañero de vida, mi soporte y mi motor. No hay palabras, en ninguno de los idiomas en los que divagamos, para expresarte mi infinito agradecimiento. *Rien de tout cela ne serait possible sans toi*. Por eso y más, esta tesis está dedicada a ti.

## TABLA DE ABREVIACIONES

Art.	Artículo
Inc.	Inciso
Op. cit.	Ópere citato
Ibid	ibidem
P. ej.	por ejemplo
V. g.	verbi gratia
NNA	Niños, niñas y adolescentes
CPE	Código Penal de España
LECivil	Ley de Enjuiciamiento Civil de España
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Penal de España
LEVD	Ley Estatuto de la Víctima del Delito
CCE	Código Civil de España
CCCL	Código Civil de Chile
CPCh	Código Penal de Chile
CPP (2000)	Código Procesal Penal de Chile
UE	Unión Europea
ONU	Organización de Naciones Unidas
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
RAE	Real Academia Española
CDE	Consejo de Defensa del Estado de Chile



# TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>15</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO: ANIMALES Y DERECHO PENAL.....</b>	<b>21</b>
INTRODUCCIÓN .....	21
1. EL TRATAMIENTO DUAL DE LOS ANIMALES EN EL DERECHO .....	22
2. RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA Y COMPARADA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LOS ANIMALES .....	27
2.1. <i>Los animales en el Derecho penal romano: objeto material y sujeto activo no punible.....</i>	<i>28</i>
2.1.1. El animal como objeto material .....	28
2.1.2. El animal como sujeto activo no punible .....	29
2.2. <i>Los animales en el Derecho penal medieval y moderno: objeto material y sujeto activo punible</i> .....	<i>32</i>
2.2.1. Los juicios contra animales: el animal como sujeto activo .....	33
a) Los juicios seculares .....	36
b) Los juicios eclesiásticos.....	37
2.2.2. La responsabilidad penal de los animales, un fenómeno multifactorial .....	39
2.3. <i>Los animales en el Derecho penal contemporáneo: objeto material y objeto de protección ....</i>	<i>40</i>
3. LA CUESTIÓN DEL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS DE MALTRATO ANIMAL .....	46
3.1. <i>Breve esbozo de la discusión en torno a la titularidad del bien jurídico y a la legitimidad de la sanción penal del maltrato animal.....</i>	<i>47</i>
3.2. <i>Los posibles bienes jurídicos protegidos.....</i>	<i>50</i>
3.2.1. La protección del animal por mor de los humanos .....	50
a) Protección de la propiedad.....	51
b) Protección de los sentimientos y las buenas costumbres.....	51
c) Protección del bienestar, la salud o integridad del animal como intereses humanos.....	53
d) Protección de los recursos naturales y del medio ambiente .....	54
3.2.2. La protección del animal por mor de sí mismo: salud o integridad como intereses propios .....	55
CONCLUSIÓN .....	56
<b>CAPÍTULO SEGUNDO: EL ESTATUS DE VÍCTIMA COMO CATEGORÍA JURÍDICO-PENAL.....</b>	<b>59</b>
INTRODUCCIÓN .....	59
1. ORIGEN ETIMOLÓGICO Y CONCEPTO GENERAL DEL TÉRMINO VÍCTIMA.....	59
3. EL CONCEPTO DE VÍCTIMA EN LA DOCTRINA PENAL .....	68
3.1. <i>La desambiguación de la víctima penal .....</i>	<i>68</i>
3.2. <i>¿Una víctima colectiva o difusa?.....</i>	<i>72</i>
3.3. <i>Ofendido, sujeto pasivo, perjudicado y otros falsos sinónimos .....</i>	<i>73</i>
4. DEFINICIÓN DEL CONCEPTO Y TRATAMIENTO JURÍDICO-POSITIVO DE LA VÍCTIMA .....	76
4.1. <i>La víctima en el plano supranacional.....</i>	<i>76</i>

4.2. La víctima en el plano interno .....	78
4.3. Sobre la identificación de la “víctima” como “persona” en los instrumentos revisados .....	82
5. LAS CONDICIONES NECESARIAS Y SUFICIENTES PARA SER VÍCTIMA .....	85
5.1. Las condiciones necesarias y suficientes, desde una comprensión del bien jurídico qua derecho subjetivo .....	87
5.2. Las condiciones necesarias y suficientes, desde una comprensión del bien jurídico qua interés .....	90
6. ANIMALES E INTERESES .....	91
6.1. La noción de interés.....	91
6.2. La sintiencia como condición necesaria y suficiente para la posesión de intereses .....	96
CONCLUSIÓN .....	99
<b>CAPÍTULO TERCERO: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....</b>	<b>101</b>
INTRODUCCIÓN .....	101
1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO .....	102
1.1. Nacimiento: el Iluminismo y la Restauración .....	104
1.1.1. El Iluminismo y la protección de derechos subjetivos .....	104
1.1.2. La Restauración alemana como reacción al Iluminismo y el nacimiento del “bien” como respuesta .....	106
1.2. Crecimiento: el Positivismo y el Normativismo .....	109
1.2.1. Positivismo jurídico y bien jurídico como objeto de protección .....	109
1.2.2. Normativismo y mediatización .....	113
1.3. Madurez: del surgimiento de los Estados de bienestar al presente.....	116
1.3.1. Estado de bienestar, política criminal y sociología .....	116
1.3.2. El bien jurídico en la actualidad: entre la materialización y la institucionalización .....	119
1.4. Sobre la carga antropocéntrica de algunas concepciones del bien jurídico .....	124
2. LAS FUNCIONES DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO .....	126
2.1. Las funciones dogmáticas del concepto de bien jurídico .....	126
2.1.1. La función <i>interpretativa</i> .....	126
2.1.2. La función <i>clasificatoria</i> .....	127
a) La clasificación de delitos de lesión y delitos de peligro .....	128
b) Bienes jurídicos individuales y colectivos .....	129
2.1.3. La función <i>identificatoria</i> .....	130
2.2. Las funciones axiológicas del bien jurídico .....	131
2.2.1. Críticas a las funciones axiológicas .....	135
2.2.2. Algunas posibles soluciones en rescate de las funciones axiológicas .....	137
3. EL BIEN JURÍDICO DESDE UNA PERSPECTIVA ONTOLÓGICA: EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO .....	140
3.1. El favorecimiento de una comprensión del bien jurídico qua interés.....	140
3.2. La determinación de los intereses penalmente relevantes .....	142
3.2.1. El <i>harm principle</i> y el bien jurídico .....	143

3.2.2. El daño y los intereses .....	146
CONCLUSIÓN .....	150
<b>CAPÍTULO CUARTO: ANIMALES Y DERECHOS SUBJETIVOS .....</b>	<b>153</b>
INTRODUCCIÓN .....	153
1. DE LA ENTIDAD CAPAZ PARA LA TITULARIDAD DE DERECHOS SUBJETIVOS .....	154
1.1. <i>Algunas indicaciones terminológicas: “sujeto”, “persona”, y sus varios usos</i> .....	155
1.2. <i>¿La persona como titular de derechos subjetivos?</i> .....	157
1.3. <i>Las diversas posibilidades subjetivas para la titularidad de derechos</i> .....	158
1.3.1. <i>“Personismo” (sólo las personas pueden poseer derechos)</i> .....	159
a) La posesión de valor intrínseco .....	159
b) La posesión de ciertos atributos mentales o biológicos.....	161
c) El convencionalismo.....	164
1.3.2. <i>“No-Personismo” (no sólo las personas pueden poseer derechos)</i> .....	165
a) Las cosas pueden ser titulares de derechos .....	165
b) Una tercera categoría .....	170
2. EL DERECHO SUBJETIVO DESDE UNA PERSPECTIVA TEÓRICA: ENTRE LA VOLUNTAD Y EL INTERÉS .....	174
2.1. <i>La teoría de la voluntad</i> .....	174
2.2. <i>La teoría del interés</i> .....	177
3. EL PASO ADELANTE: DERECHOS SUBJETIVOS A PARTIR DEL NÚCLEO <i>SINTIENCIA-INTERÉS</i> , DESDE LA TEORÍA DEL INTERÉS .....	183
3.1. <i>¿Por qué el núcleo sintiencia-interés?</i> .....	184
3.2. <i>Los animales como titulares de derechos subjetivos, en base al núcleo sintiencia-interés y a la teoría del interés, de lege lata</i> .....	185
3.3. <i>¿Qué intereses, qué derechos subjetivos?</i> .....	188
3.4. <i>El atasco de los derechos fundamentales</i> .....	191
CONCLUSIÓN .....	193
<b>CAPÍTULO QUINTO: LOS DELITOS DE MALTRATO ANIMAL EN ESPAÑA Y CHILE: UN ESTUDIO COMPARADO EN TORNO A LA IDEA DE BIEN JURÍDICO Y DEL ANIMAL COMO VÍCTIMA .....</b>	<b>195</b>
INTRODUCCIÓN .....	195
1. EL DELITO DE MALTRATO ANIMAL EN EL DERECHO ESPAÑOL .....	196
1.1. <i>Evolución histórica de la tipificación penal española</i> .....	196
1.1.1. Primera tipificación: la falta del Código Penal de 1928 .....	196
1.1.2. Segunda tipificación: reincorporación de la falta en el Código Penal de 1995 .....	197
1.1.3. Tercera tipificación: reforma operada por la LO 15/2003 .....	198
1.1.4. Cuarta tipificación: reforma operada por la LO 5/2010.....	200
1.1.5. Quinta tipificación: reforma operada por la LO 1/2015 .....	201
1.2. <i>Breve análisis de la tipificación de 2015</i> .....	204
1.2.1. El tipo básico (art. 337.1) .....	204

a) El maltrato injustificado realizado por cualquier medio o procedimiento y que cause lesiones que menoscaben gravemente la salud del animal .....	204
b) La explotación sexual.....	206
c) El objeto material.....	209
1.2.2. El tipo agravado (art. 337.2).....	210
1.2.3. El tipo cualificado (art. 337.3) .....	212
1.2.4. El subtipo atenuado (art. 337.4) .....	213
1.2.5. El delito de abandono (art. 337 bis).....	215
1.2.6. El tipo subjetivo, la antijuridicidad, la penalidad y las posibilidades concursales .....	217
2. EL DELITO DE MALTRATO ANIMAL EN EL DERECHO CHILENO .....	219
2.1. <i>Evolución histórica de la tipificación penal chilena</i> .....	219
2.1.1. Primera tipificación: la falta del CPCh de 1874.....	219
2.1.2. Segunda tipificación: Ley 18.859 de 1989 (nacimiento del art. 291 bis del CPCh).....	221
2.1.3. Tercera tipificación: reforma operada por la Ley 20.380 de 2009 .....	223
2.1.4. Cuarta tipificación: reforma operada por la Ley 21.020 de 2017 (ampliación de art. 291 bis y creación del 291 ter) .....	224
2.2. <i>Breve análisis de la tipificación penal vigente tras la reforma de 2017</i> .....	227
2.2.1. El tipo básico (art. 291 bis inc. 1º y art. 291 ter).....	227
2.2.2. Las formas agravadas (art. 291 bis inc. 2º y 3º).....	229
2.2.3. El delito de abandono de animal (art. 12 inc. 1º, Ley 21.020).....	229
2.2.4. El delito de organización de peleas entre animales (art. 11 inc. 3º, Ley 21.020) .....	230
2.2.5. Aspectos generales: el objeto material; los resultados; el tipo subjetivo; la antijuridicidad; la penalidad, y las posibilidades concursales.....	232
3. LA CAUSAL GENERAL DE JUSTIFICACIÓN .....	236
4. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LAS TIPIFICACIONES ESPAÑOLA Y CHILENA VIGENTES, A LA LUZ DE LA PROPUESTA DE BIEN JURÍDICO <i>QUA</i> INTERÉS .....	241
4.1. <i>Los bienes jurídicos improbables, a la luz de la propuesta de bien jurídico qua interés</i> .....	243
4.2. <i>Los bienes jurídicos probables, a la luz de la propuesta de bien jurídico qua interés</i> .....	246
5. EL ANIMAL COMO VÍCTIMA: IMPACTO DE <i>LEGE LATA</i> Y POSIBILIDADES DE <i>LEGE FERENDA</i> .....	248
CONCLUSIÓN.....	255
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>257</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>263</b>

# INTRODUCCIÓN

Así como Gonzalo Rojas, atribulado por las cuestiones del sentir se preguntó: “¿Qué se ama cuando se ama, mi Dios: la luz terrible de la vida o la luz de la muerte?”<sup>1</sup>; surgió en esta candidata, también atribulada – empero, más bien por cuestiones del quehacer jurídico, en mi calidad de abogada litigante y asesora legislativa –, la pregunta ¿qué se castiga cuando se castiga, en los delitos de maltrato animal? O, dicho de otro modo ¿qué se protege allí donde se protege, y a quién, o a qué? Mis tribulaciones, a diferencia de Rojas, no las dirigí a Dios, sino al Derecho, encarnado en diversas instituciones. Así, a mis preguntas la judicatura respondió, vacilando entre “nuestra sociedad”; la “propiedad”; los “animales”, o el “medio ambiente”. Lo mismo ocurrió con los jurisconsultos para, finalmente, no obtener del legislador más respuesta que la, la mayor parte de las veces, tan fría letra de la ley. En efecto, a la fecha – y a pesar de los varios decenios de existencia de las sanciones penales a los malos tratos ejercidos en contra de los animales – no existe aún consenso respecto de dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, cuál es el bien jurídico protegido en los tipos penales que sancionan dichas conductas y, en segundo término, quién – o qué – ha de ser considerado la víctima en estos ilícitos.

Y ello es así, a pesar de que la existencia de normas penales que sancionan este tipo de conductas no es una novedad, como tampoco lo es el enfoque, esencialmente antropocéntrico, que históricamente tanto el legislador, la judicatura y la doctrina han adoptado al respecto.

Con todo, en los últimos años esta orientación no sólo se ha visto cuestionada, sino derechamente impugnada, con la aparición de nociones tales como el “bienestar” y la “sintiencia”, conceptos que no sólo representan desafíos relevantes para la sociedad en su conjunto, principalmente en lo relativo al trato y relación que los miembros de nuestra especie habrían de mantener con los miembros de las demás, sino que aparejan, asimismo, importantes desafíos para el Derecho, en general, y para el Derecho penal, en particular<sup>2</sup>. Estos nuevos conceptos, que arriban desde otras disciplinas, sugieren la relectura del

---

1 Poema “Qué se ama cuando se ama”, en ROJAS, Gonzalo (1964) *Contra la muerte*, Ed. Universitaria, Santiago de Chile, 1992, p. 96.

2 En donde, como se verá, los animales han ostentado, históricamente, el estatus de “bien” apropiable, o de cosa.



Derecho existente e incluso, eventualmente, su modificación, a efectos de actualizarle y de dotarle de una necesaria coherencia, tanto con ciertos valores éticos presentes en las sociedades actuales, como con los avances científicos en la materia.

En más, la cuestión así expuesta no resulta pueril por cuanto, como bien advertirá el lector en las páginas que siguen, el asunto deviene relevante en varios aspectos, entre los que se encuentran, v. g., la legitimidad de este tipo de sanciones a la luz de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal – como los de exclusiva protección de bienes jurídicos; de subsidiariedad; de fragmentariedad, y de proporcionalidad – como, asimismo, la identificación de la víctima, y la consiguiente habilitación procesal y extraprocesal que de ello deriva.

De conformidad a todo lo anterior, la presente tesis somete a consideración la siguiente hipótesis: desde una perspectiva jurídica, es hermenéuticamente coherente; teóricamente fundado; no disruptivo, y legítimo a la luz de los principios limitadores del *ius puniendi*, afirmar que es el animal, individualmente considerado, la víctima en los delitos de maltrato – particularmente, en las tipificaciones vigentes en Chile y España –.

Para comprobar la hipótesis así reseñada, la presente investigación se propone construir y aportar un aparato teórico conceptual con ayuda, principal pero no únicamente, de la dogmática penal, la teoría del Derecho y, en mucho también, de la historia del Derecho. Se trata, valga aclarar desde ya, de una tesis pragmática, teórico-jurídica y no política, cuya aproximación al fenómeno de estudio es principalmente ontológico, y no deontológico. A dicha tarea, se ofrece un trabajo de investigación compuesto por cinco capítulos, distribuidos de la forma que sigue.

En el capítulo primero, denominado “Animales y Derecho penal”, como punto de partida y en miras de sentar las bases que permitirán sustentar la hipótesis que aquí se propone, se aborda, como marco contextual, el rol que los animales han ostentado y ostentan en el Derecho en general y, de forma particular, en el Derecho penal. Allí, se ofrece una revisión del tratamiento jurídico histórico “dual” de los animales en el Derecho – es decir, como objeto de propiedad, a la vez que como objeto (o sujeto) de protección – a lo largo de tres periodos históricos: en el Derecho penal romano; en el Derecho penal medieval y moderno y, finalmente, en el Derecho penal contemporáneo, identificando, en cada uno de ellos, a los animales en las categorías dogmático-penales de *objeto material*, *objeto de protección*, *sujeto activo* y *sujeto pasivo*. Asimismo, se da cuenta, preliminarmente, de la cuestión sobre el bien jurídico protegido y la titularidad del mismo en los delitos de

maltrato animal, revisándose al efecto diversas posturas y distinguiéndose, entre ellas, las que sustentan la *ratio* de la criminalización en razones por mor de los humanos, de aquellas que lo hacen en una *ratio* por mor del animal mismo.

En el segundo capítulo, denominado “El estatus de víctima como categoría jurídico-penal”, se aborda la posibilidad de atribuir, de *lege lata*, el estatus jurídico-penal de víctima a los animales, tanto en términos generales como, en particular, respecto de los tipos penales que sancionan el maltrato animal, contemplados en los artículos 291 bis y ter del Código Penal chileno, y en los artículos 337 y siguientes de su par español. Para ello, y a efectos de dilucidar si el concepto de víctima imperante, tanto en la doctrina como en la legislación vigente, exhibe la suficiente flexibilidad como para incorporar allí a los animales, se analiza el mismo desde su concepto y usos más generales hasta su concepto en materia estrictamente penal. Finalmente, desde una comprensión del concepto de víctima como la “entidad titular del bien jurídico protegido”, se determinará cuáles son las condiciones necesarias y suficientes que habría de cumplir una entidad a efectos de poder ostentar dicho estatus y, así, responder a la pregunta relativa a si los animales – y qué tipo de animales – exhibirían la capacidad de satisfacer dichas condiciones, para lo que, como se verá, se presenta como fundamental la capacidad de *sintiencia*. En este desglose, se distinguen dos momentos: las condiciones necesarias y suficientes para ostentar el estatus de víctima *ex ante* (previo al quebrantamiento de la norma de comportamiento penalmente reforzada), y las condiciones necesarias y suficientes para constituirse en víctima *ex post* (con posterioridad a dicho quebrantamiento).

En el capítulo tercero, destinado a determinar si los animales pueden ser capaces de ser titulares de bienes jurídicos y denominado, sin más, “El bien jurídico protegido”, se explora tal noción desde una perspectiva histórica, funcional y, en mayor medida, ontológica. Para ello, se arranca abordando el estudio del mismo desde dos ópticas: primero, desde una revisión de su evolución histórica y, segundo, desde su rol en el Derecho penal como elemento funcional, esto es, vinculado a las funciones que se le han atribuido actual e históricamente. Aquí se distinguirán dos grandes funcionalidades, las que se identifican como las funciones “dogmáticas” y las funciones “axiológicas” del concepto de bien jurídico. A reglón seguido, se abordarán las críticas que se dirigen a las axiológicas, explorándose algunos de los remedios que diversos autores proponen al efecto. Finalmente, se realiza un análisis respecto a qué es el bien jurídico desde una

perspectiva ontológica, favoreciendo una comprensión “interescentrista” del mismo, es decir, *qua* interés jurídico-penalmente protegido, vinculándolo así a la titularidad de la víctima. Para ello, se recurre al apoyo del *harm principle*, principio limitador del *ius puniendi* estatal elaborado en el marco de la filosofía moral y jurídica anglosajona, que basa su doctrina fuertemente en la noción de interés.

A estas alturas, y habiéndose ya sustentado la idea de que los animales son poseedores de intereses relevantes, lo que permitiría ubicarlos al interior del estatus de víctima potencial o *ex ante* – gracias a su capacidad para la posesión de intereses penalmente relevantes y, por tanto, para la titularidad de bienes jurídicos –, en el capítulo cuarto, denominado “Animales y derechos subjetivos”, se aborda la cuestión sobre si es posible, o no, adscribir derechos subjetivos a los animales. Con tal propósito, se abordan dos preguntas fundamentales, estrechamente vinculadas entre sí: la primera, relativa a si los animales podrían ser considerados como entidades a cuyo respecto sería posible predicar la titularidad de derechos, a lo que identifico como una pregunta sobre la “subjetividad”; y la segunda, vinculada a qué son los “derechos subjetivos”. Así entonces, se analizan las diversas posiciones teóricas sobre qué entidades serían capaces para la titularidad de derechos, distinguiendo entre las que estiman que ello corresponde sólo a quienes ostentan el estatus de “persona”, de aquellas que sostienen lo contrario para, posteriormente, revisar las dos teorías más influyentes sobre la naturaleza de los derechos subjetivos, esto es, las teorías “de la voluntad” y “del interés”. Para cerrar, y en base al hallazgo del núcleo *sintiencia-interés* en gran parte de las propuesta sobre los derechos y la subjetividad revisadas – y también presente en los conceptos de “víctima” y de “bien jurídico” previamente establecidos –, se ofrecerá una propuesta en apoyo de la adscripción de, al menos, ciertos derechos subjetivos a los animales.

Finalmente en el último capítulo, denominado “Los delitos de maltrato animal en España y Chile: un estudio comparado en torno a la idea de bien jurídico y del animal víctima”, se pondrá a prueba el aparato teórico precedentemente desarrollado – centrado en el animal como titular del bien jurídico y de los derechos subjetivos propios del estatus de víctima –, aplicándolo a los sistemas jurídicos español y chileno. Para ello, se revisará la historia y evolución de la criminalización del maltrato animal en ambos sistemas, para luego analizar los tipos penales vigentes en uno y otro, tanto desde una perspectiva dogmática, como comparativa. A continuación, se examinarán los posibles bienes jurídicos protegidos en ambas tipificaciones, descartando aquellos que aparecen como

“improbables” a la luz de la tesis defendida, e identificando aquellos que aparecen como “probables” o compatibles con ella, los que habrán de cumplir, asimismo, con los requisitos de ser teóricamente suficientes, a la vez que legítimos a la luz de los principios limitadores del Derecho penal. Aquí se postulará el “bienestar *del* animal”, individualmente considerado, como bien jurídico protegido en ambos tipos penales. Para terminar, se analizará cómo el aparato teórico ofrecido se vincula con la normativa actualmente vigente relativa a la víctima, en uno y otro ordenamiento jurídico. Para tal efecto, se revisará la recepción que de la propuesta harían ambos sistemas de *lege lata* para, a continuación, formular propuestas de *lege ferenda* que permitan, en definitiva, acoger la propuesta de forma armónica.

Cabe hacer presente que, a lo largo del presente trabajo, utilizaré los términos “animal” y “animal no humano” indistintamente, como sinónimos.



# CAPÍTULO PRIMERO: ANIMALES Y DERECHO PENAL

## Introducción

Como punto de partida de la presente tesis, y con el objeto de sentar las bases que permitirán plantear, y en lo sucesivo sustentar, las hipótesis que aquí se persiguen, deviene imprescindible abordar, a modo de marco teórico, el rol que los animales no humanos han ostentado y ostentan en el Derecho en general y, de forma particular, en el Derecho penal.

A dichos efectos, en el presente capítulo se ofrecerá, en primer lugar, una revisión del tratamiento jurídico “dual” de los animales en el Derecho en general – es decir, como objeto de propiedad, a la vez que como objeto (o sujeto) de protección –, desde una perspectiva esencialmente histórica, para abordar a continuación un estudio, ya más pormenorizado, del tratamiento dual de los animales en el Derecho penal. Aquí, se ofrecerá una reconstrucción histórica y comparada del tratamiento dispensado a los animales, desde una perspectiva tanto historicista como jurídico-penal, de la evolución del tratamiento de los animales a lo largo de tres periodos históricos, esto es: en el Derecho penal romano; en el Derecho penal medieval y moderno y, finalmente, en el Derecho penal contemporáneo, identificando en cada uno de ellos a los animales en las categorías, propias de la dogmática penal, de *objeto material*, *objeto de protección*, *sujeto activo* y *sujeto pasivo*.

Finalmente, se abordará – aunque someramente, por ser carne fundamental del capítulo tercero – la cuestión sobre el bien jurídico protegido y la titularidad del mismo en los delitos de maltrato animal, en donde se presentarán las diversas propuestas que la doctrina ha favorecido al respecto y se distinguirá, entre ellas, a aquellas que encuentra la *ratio* de la criminalización de los malos tratos a los animales en razones por mor de los humanos, de aquellas que lo hacen en una *ratio* por mor del animal mismo.

## 1. El tratamiento dual de los animales en el Derecho

La presencia de los animales en el Derecho ha habitado unos muy diversos roles a lo largo de la historia. Dichos roles, por cierto, han respondido a distintas causas y necesidades, todas propias de unos muy variados momentos sociales, económicos e incluso religiosos. Así, mientras por una parte han sido categorizados históricamente como bienes – *res* en su original latín, como se verá –, han sido también considerados como algo diverso, nunca igual a las “cosas” sin más, sino capaces, ora de causar daños por sí solos a otros bienes o personas, ora de experimentar el daño causado por otros en sí mismos, en tanto capaces de sufrirlo, como “seres vivos sensibles”. Todo lo anterior ha forzado la introducción de matices a la consideración jurídica de los animales como meras cosas.

Con todo, cabe preguntarse, ¿cómo es posible que un mismo ordenamiento jurídico considere a unas determinadas entidades de formas tan diversas?

Pues bien, ello no es del todo extraordinario en la historia del Derecho. En efecto, la quizás primera y mayor experiencia en el tratamiento dual de una determinada entidad ha venido dada por el tratamiento dispensado a parte de los propios seres humanos y su consideración de, a la vez, sujeto y objeto. En este sentido, Stagl sugiere que el concepto de “persona” habría sido, inicialmente, acuñado en la antigua Roma como una forma de diferenciar distintos estatus sociales<sup>3</sup>, diversos roles, como una máscara vestida por un actor para la interpretación de uno de tantos personajes<sup>4</sup>. Apoya el autor su tesis en los escritos de Gayo, los que traduce como,

“Todo el derecho que usamos se refiere o a las personas, o a las cosas, o a las acciones. En primer lugar tratemos de las personas. (9) Ciertamente, la primera división del derecho de personas es esta: todos los hombres o son libres o son esclavos. (10) A su vez, de los hombres libres, unos son ingenuos; otros, libertos. (48) Sigue otra división del derecho de personas: unas personas son independientes, otras dependen de alguien”<sup>5</sup>.

---

3 STAGL, Jakob (2015) “De cómo el hombre llegó a ser persona: Los orígenes de un concepto jurídico-filosófico en el derecho romano”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLV (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2015, pp. 373-401.

4 Así también en NAFFINE, Ngaire (2009) *Law's Meaning of Life: Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*. Hart Publishing, 2009. London.

5 El texto de las Instituciones de Justiano, en su versión original, Inst. 1,3., en STAGL (2015), p. 378: (8) “*Omne ius quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. et prius videamus de personis. (9) “Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi”. (10) “Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini. (48) Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae sunt” [(8).*

Así, junto con poner en evidencia la plasmación de una visión social y jurídica tripartita, es decir, que divide el entorno entre personas, cosas y acciones, Stagl rescata del pasaje transcrito la forma en que a la época se categorizó a las personas, esto es: partiendo desde la división basal entre hombres libres y esclavos<sup>6</sup>, se introducen luego mayores y más específicas diferencias que no sólo habrían servido para distinguir entre clases sociales sino, derechamente, para distinguir entre sujetos y objetos de Derecho. El hombre libre, describe, podía hacer todo lo que no le estuviere prohibido, mientras que el esclavo se encontraba autorizado para hacer únicamente lo que le fuere ordenado, plasmando no sólo en ello un orden jurídico sino, más bien, una evidente estructura económica y social<sup>7</sup>.

Esta significación y uso del concepto de persona habría dejado de servir para dividir a los miembros de la especie humana entre sujetos y objetos, dando paso al favorecimiento de una consideración de todos, sin distinción, como sujetos, gracias al arribo de las ideas propias del Derecho natural, incorporadas por parte de los juristas romanos a partir del siglo I d.C. En efecto, las nuevas concepciones *iusnaturalistas* habrían fortalecido ideas tales como que los esclavos ya no serían más “objetos” de Derecho, sino “personas”, además del reconocimiento de derechos a los extranjeros (anteriormente, también considerados objetos). De esta forma, la primitiva noción clasificatoria y discriminatoria de persona habría pasado a ser entendida como una que, por el contrario, buscaría abrazar a los miembros de la especie humana en una misma categoría, garantizando a su interior un cierto nivel básico de igualdad. Todo ello se habría visto posteriormente reforzado, además, por el cristianismo medieval, para pasar luego a una versión secularizada, producto de las ideas de la ilustración.

Con todo, durante el Medioevo e incluso durante la Modernidad, como se verá, es posible identificar pasajes de la historia del Derecho en los que, igualmente, una parte de la humanidad tampoco fue considerada persona, admitiéndose constantes zonas de encuentro entre las categorías de sujeto y objeto. Este es el caso de, p. ej., lo ocurrido en los territorios de América, conquistados y colonizados por ingleses y franceses, en donde

---

6 Sobre la inclusión de los esclavos al interior de la categoría de persona, sugiere el autor que, en realidad, Gayo no habría pretendido considerarlos como tales en el exacto mismo sentido en que lo habrían sido los hombres libres, los pater familias, sino que, más bien, ello obedecería a un simple reconocimiento del esclavo como “hombre” y no como “cosa”, dotándole de una capacidad restringida. En STAGL, Jakob (2018) “La concepción gayana de ‘persona’ y la capacidad jurídica parcial de los esclavos”, en *Revista General de Derecho Romano* 30 (2018), IUSTEL, ISSN: 1697-3046, núm. 30, Junio (2018).

7 Razón por la cual, estima el autor, la expresión “de iure personarum” (utilizada para designar el “derecho de las personas”), encontraría su mejor interpretación en la traducción “derecho de los estatus sociales”, en STAGL (2015).



la situación de los esclavos africanos fue una no muy distinta – sino quizás incluso peor – de la proveniente de la antigua Roma. Así, los esclavos del periodo conocido como *Antebellum*, en los Estados Unidos, ocuparon una categoría *sui generis* de cosas; dotadas de una no despreciable cantidad de deberes; titulares de muy pocos derechos, y considerados, para todos los efectos, como *property*<sup>8</sup>.

Un tanto distinto habría sido lo acontecido en relación a los esclavos de origen africano en los reinos hispanoamericanos, territorios conquistados y colonizados mayormente por la Corona de España y en donde los esclavos, si bien también considerados como bienes muebles transables, gozaron de un mayor nivel de protección: además de ser titulares de deberes, lo habrían sido también de una superior cantidad de derechos, siendo incluso reconocidos como personas, de manera expresa, para algunos fines<sup>9</sup>. En efecto, de estos derechos (aunque no del de propiedad, por cuanto el fruto de su trabajo pertenecía a su amo) da buena cuenta, p. ej., la Real Cédula de 1789, que les habría concedido, entre otros, algunos derechos laborales como el derecho al descanso dominical y en días festivos. Como contrapartida, se habrían impuesto también ciertos deberes a los amos, tales como la obligación de proveerles de vestimenta, alojamiento y alimentación suficiente y adecuada; de no separar a las familias; de respetar horas y capacidades de trabajo – según edad, sexo y estado de salud –, y de proveerles de cuidados médicos, entre otros.

Los esclavos habrían sido aquí, también, penalmente responsables en la misma medida en que lo era el hombre libre, y habrían sido además dotados de un cierto nivel de capacidad procesal activa. En este sentido, podían demandar en juicio si contaban con permiso del amo quien, adicionalmente, habría de representarles en los procesos judiciales en caso de ser ellos los demandados. Por el contrario, no precisaban de la

---

8 Sobre los esclavos en el periodo Antebellum, y su tratamiento como propiedad, con mayor detalle en KURKI, Visa (2017a) “Animals, Slaves and Corporations: Analyzing the Legal Thinghood”, en *German Law Journal. Special Issue: Traditions, Myths, and Utopias of Personhood*. Vol. 18 No. 05, pp. 1069-1090.

9 Sobre la especial situación de las personas esclavizadas en Hispanoamérica y el tratamiento jurídico y social dispensado a los “naturales”, véase VIAL CORREA, Gonzalo (1957) *El Africano en el Reino de Chile. Ensayo histórico – jurídico* (Memoria de Prueba, para optar al Grado de Licenciado en Derecho, de la Universidad Católica de Chile), Instituto de Investigaciones Históricas. Santiago de Chile. Inscripción No 19.721; MATALLA, Susana (2013) “Yanaconas: indios conquistadores y colonizadores del Nuevo Reino de Granada, siglo XVI”, en *Fronteras de la Historia*, Vol. 18- 2 /2013. pp. 21-45; DE SOLÓRZANO PEREIRA, Juan (1703) *Política indiana: dividida en seis libros*. Editorial Henrico y Cornelio Verdussen. Bélgica; CUENA BOY, Francisco (1998), “Utilización Pragmática del derecho Romano en dos Memoriales Indianos del Siglo XVII sobre el Protector de Indios”, en *Revista de estudios histórico – jurídicos* n.20 Valparaíso, 1998, y CUNILL, Caroline (2011) “El indio miserable: nacimiento de la teoría legal en la América colonial del siglo XVI”, en *Cuadernos Inter.c.a.mbio*, año 8, No 9 (2011), pp. 229-248.

autorización ni de la representación del amo cuando el proceso buscara la libertad del esclavo o persiguiera la obtención del “papel de venta”, producto de la sevicia del aquel<sup>10</sup>.

Así, la especial y particular situación de los esclavos en América del Norte y en Hispanoamérica, especialmente en el caso chileno revisado, daría buena cuenta de la posibilidad cierta de coexistencia de dos categorías en una misma entidad, esto es, de persona y de cosa, algo con lo que se conseguía lidiar en la medida en que se lograba distinguir, con mediana claridad, el contexto de que se tratara. De ello da cuenta Vial Correa quien, parafraseando al *señor Martínez* (Juez, en fallo del año 1790), relata

“los esclavos, en términos amplios, son personas, son hombres igual a nosotros [...]”, pero “en términos restringidos, no son personas, se hallan sujetos de nuestro dominio, se numeran entre los bienes y cosas de nuestro comercio ... son inhábiles para contratar, no pueden tener bienes propios ni obligarse civilmente a favor de cualesquiera particular”<sup>11</sup>.

Visto lo anterior, claro resulta que la actual situación de los animales, someramente arriba esbozada, no es ni única ni nueva en el Derecho, y que en mucho se explica por aquello que Vial, aunque refiriéndose a los esclavos, identificaba como el “contexto” al que refiere una situación determinada. Así, por ejemplo, si en el Chile colonial fue jurídicamente posible comerciar esclavos, a la vez que sancionar los malos tratos ejercidos en su contra, hoy en la República de Chile es jurídicamente posible comerciar animales, más no maltratarlos<sup>12</sup>.

Si bien es cierto que la categorización jurídica actual de los animales, en algunos casos como bien mueble semoviente<sup>13</sup>, o en otros como ser sintiente o dotado de sensibilidad<sup>14</sup> – pero cuyo tratamiento sigue las normas que regulan la propiedad – insatisface a

---

10 En efecto, durante el S. XVIII se habrían registrado, en el Reino de Chile, una importante cantidad de procesos judiciales en contra de amos por maltratar a sus esclavos, procesos en los que figuraron, mayoritariamente, los mismos esclavos como denunciantes, solicitando pasar a manos de un nuevo propietario mediante la obtención del “papel de venta”. En VIAL CORREA (1957).

11 *Ibid*, p. 159.

12 Con todo, el ejemplo dado no tiene más objeto que el de evidenciar la categorización de distintas entidades, particularmente consideradas de forma diversa según el contexto de que se trate, con absoluta prescindencia de todo contenido normativo, o de cualquier afán de comparar la particular situación de los esclavos humanos de ayer con la de los animales en la actualidad.

13 Como en el caso de Chile, que consagra la consideración de los animales como “bien mueble semoviente” en el artículo 567 del Código Civil, recurso disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986>.

14 Como es el caso de España, que consagra, desde el año 2021, merced de la Ley 17/2021 de 15 de diciembre, una consideración civil de los animales como “seres vivos dotados de sensibilidad”, recurso disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-20727>; o de Francia que, desde 2015 hace lo propio estableciendo que “*Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité*”, en el artículo 515-14 del Code Civil, recurso disponible en [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_1c/LEGIARTI000030250342/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_1c/LEGIARTI000030250342/)

muchos<sup>15</sup>, no es menos cierto que, al menos desde una perspectiva puramente jurídico-teórica, desprovista de todo afán normativo, resulta hasta cierto punto comprensible: es más, es posible incluso sugerir que no se trataría, en realidad, de una inconsistencia ni de una contradicción al interior del ordenamiento jurídico, sino de más bien un esfuerzo de vocación práctica por regular las muy diversas situaciones en las que los animales se encuentran, *de facto*, inmersos en nuestras sociedades. Es decir, parafraseando a Vial, los muy diversos “contextos” en los que una determinada entidad puede hallarse.

Pues como se ha adelantado, en cada momento histórico la relación humano - animal se ha visto permeada por factores de diversa índole. Así, p. ej., la religión, la organización económica, el tipo de sociedades y los distintos estadios de desarrollo científico y, por cierto, filosófico, han impactado de manera determinante en la consideración que el Derecho ha dispensado a los animales en sus diversos roles, roles que coexisten en un mismo tiempo y lugar. Como bien postula Ruiz Rodríguez, se trata nada menos que de la “posición dual de los animales”, una que responde a la – al menos – doble relación que los humanos seríamos capaces de mantener con los animales, con alcance jurídico y económico. Esta dualidad, así advertida por el autor, vendría dada por el hecho de que los animales ostentarían dos roles básicos en nuestras sociedades – ciertamente, desde el punto de vista de la humanidad –, cuales son: por una parte, un rol en tanto peligro para la salud o la integridad, individual o colectiva, de las personas (como sería la situación de plagas y enfermedades zoonóticas, p. ej.) y por otra, un rol como medio de sustento y una forma de comercio y de ocio<sup>16</sup>, así reflejándose en las diversas ramas del Derecho.

Y como es de esperar, el Derecho penal, en particular, tampoco escapa a esta dualidad. En efecto, en su interior los animales también ocupan estos diversos roles, esto es: como fuente de peligro y agentes de daños; como bienes relevantes para la economía y miembros de la fuerza de trabajo; como parte fundamental de la biodiversidad, y también como compañeros de vida<sup>17</sup>. Todos y cada uno de estos roles han sido atendidos y abarcados por el Derecho penal de muy diversas formas, formas que se vinculan a qué ha sido aquello que la sociedad institucionalizada ha decidido proteger penalmente, en un

---

15 Entre quienes abogan por un cambio en el estatus de los animales, ya sea por el de persona no humana o por uno intermedio, p. ej. Gary Francione, Steven Wise, Jean Pierre Marguénaud y Maneesha Deckha, entre otros, como se verá en el capítulo cuarto.

16 RUÍZ RODRIGUEZ, L.R. (2008) “Posición y tratamiento de los animales en el sistema penal”, en *Los animales como agentes y víctimas de daños. Especial referencia a los animales que se encuentran bajo el dominio del hombre*, AA. VV, Barcelona: Editorial Bosch S.A. p. 136.

17 HAVA GARCÍA (2009) *La tutela penal de los animales*, Ed. Tirant lo Blach, Valencia, 2009, pp. 8 y ss.

determinado momento y lugar. Así la propiedad privada; el equilibrio ecosistémico; la salud, integridad y vida humana; la moral, e incluso el bienestar del propio animal han sido, eventualmente, buenas y suficientes razones para la criminalización de determinadas conductas.

A continuación, se ofrece una revisión de los principales, y muy diversos, roles que los animales han ostentados en el Derecho penal en distintos momentos de la historia, en conjunto con una indagación sobre las posibles razones que habrían motivado cada particular tratamiento. Como se verá, todo ello a partir de las nociones de “objeto” y “sujeto”.

## **2. Reconstrucción histórica y comparada del tratamiento jurídico-penal de los animales**

Como se ha adelantado, los animales han ocupado y ocupan roles muy disímiles en materia penal. Ciertamente, éstos diversos roles han devenido en variadas razones para protegerles penalmente o, dicho de otro modo, para criminalizar conductas que de una u otra forma les pudieren causar daño. Requejo Conde, v.g., apunta a las diversas posibles razones que habrían motivado su protección penal, de la siguiente forma:

“Su protección ha evolucionado desde su consideración antropocéntrica como cosa mueble al servicio del hombre o como objeto de tráfico jurídico hasta ir adquiriendo poco a poco una especie de personalidad animal merecedora de un Estatuto jurídico como seres titulares de derechos reconocidos por normas internacionales. Actualmente el código penal tutela al animal por su valor patrimonial, por su valor cinegético y medioambiental, y además protege al animal en sí mismo frente a su maltrato o abandono, castigando estas acciones con penas de cárcel y multas”<sup>18</sup>.

De esta forma, la autora pone de manifiesto cómo los diversos roles ocupados por los animales – como “activos”, es decir, en tanto bienes económicamente valiosos, así como también por tratarse de seres vivos dotados de sensibilidad – han constituido, en sí mismos, buenas y suficientes razones para su incorporación en materia penal a través de la criminalización de determinadas conductas. Así, en el presente acápite se realizará una revisión de éstos diversos roles en tres momentos históricos relevantes, vale decir, en: a)

---

<sup>18</sup> Refiriendo, particularmente en la última parte, al Código Penal español de 1995, en REQUEJO CONDE, Carmen (2010) *La protección penal de la fauna. Especial consideración del delito de maltrato a los animales*. Biblioteca Comares e Ciencia Jurídica, Colección: Estudios de Derecho Penal y Criminología, Granada, 2010, p. XI.

el Derecho penal romano; b) el Derecho penal medieval y moderno, y c) el Derecho penal contemporáneo. Por cierto, cabe revelar que la elección de estos momentos históricos obedece, sin más, a que en ellos es posible distinguir, de manera suficientemente clara, la ubicación de los animales en las categorías de *sujeto pasivo*, *sujeto activo*, *objeto material* y *objeto de protección*, todas inherentes a la dogmática jurídico-penal.

## **2.1. Los animales en el Derecho penal romano: objeto material y sujeto activo no punible**

En el Derecho penal romano es posible distinguir dos principales roles ostentados por los animales: por una parte, como bienes valiosos para la economía y, por otra, como agentes de daño. Me refiero aquí a los roles de “objeto material” y de “sujeto activo no punible”. A continuación, en mayor detalle.

### **2.1.1. El animal como objeto material**

Como habría de esperarse, el tratamiento dispensado a los animales en el Derecho romano no dista del que impera en la actualidad. Es más, habría sido allí, precisamente, en donde se habría producido la consagración de la consideración civil de los animales como *res* – o bien apropiable – que rige hasta nuestros tiempos. Este lugar, el de *res*, provendría de la triada ofrecida en las Instituciones de Gayo arriba mencionada, que distingue entre personas<sup>19</sup>, cosas y acciones<sup>20</sup>, lo que se explica en mucho por cuanto a la época – y ciertamente hasta el día de hoy – los animales formaban parte importante de la fuerza de trabajo, particularmente en sociedades marcadamente agrícolas en donde tanto esclavos, como los animales, habrían sido elementos fundamentales del patrimonio del *paterfamilias*.

Así, al interior de la categoría de *res*, y particularmente entre aquellos bienes relevantes para el *patrimonium* (es decir, que reportan utilidad económica a los particulares), se distinguen las “*res mancipi*” (cosas mancipables) de las “*res nec mancipi*” (cosas no mancipables). Esta distinción, fundamental para una economía rural, giraba en torno a la noción de *mancipium*, o patrimonio familiar, y la necesidad de distinguir entre aquellas

---

<sup>19</sup> Por cierto, no como sinónimo de ser humano, como se advertiera en STAGL (2015).

<sup>20</sup> Asimismo, en NAVA ESCUDERO, César (2019) “Los animales como sujetos de derecho”, en *dA Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2019, vol. 10/3 pp. 47-68; también STAGL (2018).

cosas destinadas a dar estabilidad al mismo, de aquellas no consideradas como afectas a dicho fin<sup>21</sup>. Como cosas mancipables era posible identificar, entre otras, los bienes raíces, los esclavos, los animales de tiro y carga y los fundos itálicos con sus servidumbres rústicas, encontrándose su transferencia afecta al cumplimiento de ciertas formalidades (denominadas en su conjunto como *mancipatio*). Las no mancipables, en cambio, eran aquellas destinadas a transacciones de más frecuente ocurrencia y mediante simple entrega.

De esta forma, ostentando los animales un lugar de tal relevancia en el patrimonio del *paterfamilias* y, por tanto, en la economía romana en términos generales, resulta claro que cualquier daño que se produjere a los mismos habría de acarrear responsabilidades, de tipo civil o penal, siendo en todo caso el animal considerado como el “objeto material” de un atentado contra el patrimonio del *paterfamilias*<sup>22</sup>. Así, v.g., la Lex Aquilia sancionaba a quien diese ilegalmente muerte a un animal cuadrúpedo perteneciente al ganado de otro y contemplando, para dicho caso, la condena al pago del valor más alto que hubiere experimentado el precio del animal en el último año (misma sanción contemplada para quien matase a un esclavo)<sup>23</sup>. Con todo, como indica Requejo Conde<sup>24</sup>, a la época no se conocieron normas de protección a los animales contra los malos tratos<sup>25</sup>.

### 2.1.2. El animal como sujeto activo no punible

Ahora bien, el rol de *res mancipi* ocupado por los animales – al igual que por los esclavos, ambos denominados genéricamente como *illata*, o bienes muebles semovientes – goza, como resulta evidente, de ciertas particularidades por cuanto, en tanto tales, son capaces

---

21 Así en GIMÉNEZ CANDELA, Teresa (1999), *Derecho privado romano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

22 Por cierto, eran considerados como el objeto material de los delitos contra la propiedad en general, tales como los delitos de hurto, robo y daños, así como también, de forma particular, en el delito de abigeato (*abigeatus*) que, como indica Robinson, se distinguía del hurto y del robo sólo por el número de animales objeto del delito. En ROBINSON, Olivia F. (1995) *The criminal law of ancient Rome*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1995, p. 25.

23 McLEOD, Grant (2001) “Pigs, Boars and Livestock under the Lex Aquilia”, en *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History*, eds. CAIRN, John W. y ROBINSON, Olivia F., Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2001), pp. 84-92.

24 REQUEJO CONDE (2010).

25 En el mismo sentido, Guzmán Dalbora sostiene que “[...] En el derecho romano de la era precristiana no hubo leyes que prohibiesen el maltrato animal. Éstos estaban sometidos al Derecho de las cosas y, en consecuencia, el status jurídico de cualquier objeto o sujeto destituido de personalidad jurídica. Sólo mucho tiempo después figurará una orden del emperador Constantino que prohibía arrear con palos o varas a caballos destinados a la posta pública; mas aparte de esta excepción, de evidente signo utilitario, las fuentes no dan cuenta de ninguna otra norma en particular”. En GUZMÁN DALBORA, José Luis (2017) *Estudios y defensas penales*, Santiago: Editorial LexisNexis. p. 200.

de irrogar un cierto tipo especial de responsabilidad al *paterfamilias*, distinta de la que podría generar el resto de las cosas que componen su patrimonio. Y ello resulta bastante evidente, ya que se trata de *bienes* que pueden, por sí mismos dadas sus especiales características, realizar acciones, voluntarias o involuntarias, capaces de modificar el mundo externo y, en ocasiones, causando ciertamente consecuencias negativas.

Cobra así especial relevancia la acción conocida como *noxal*, propia del Derecho privado romano y destinada a resolver asuntos de índole penal, principalmente en materia de Derecho de daños. Si bien en el temprano Derecho romano se habría concebido la posibilidad de que los animales fuesen capaces de cometer delitos y, por tanto, directamente imputables y condenables a responder por sí mismos por la comisión de un determinado delito, ello habría desaparecido hacia finales de la República, momento en el que habría primado la visión del animal como *res*<sup>26</sup>. Así entonces, mientras los animales jugaron un rol en la jurisdicción penal privada – reservada para los ilícitos penales de carácter patrimonial – en tanto *res*, lo hicieron también en tanto *illata*, como sujetos activos, principalmente en delitos tales como el robo (*rapina*), el hurto (*furtum*), los daños patrimoniales (*damnum*) y las lesiones (*iniuriae*). De esta forma, se admitió la posibilidad de que los animales (y los esclavos) actuasen como agentes causantes de daños, dando origen a la responsabilidad noxal del *paterfamilias* y la posibilidad del ejercicio de las acciones noxales por parte de la víctima. Dicho de otro modo, los *illata* habrían sido considerados capaces de cometer delitos de carácter patrimonial, pero incapaces de responder penalmente, haciendo nacer la responsabilidad noxal de su propietario.

A efectos de identificar el tipo de capacidad de los *illata*, Mommsen distingue la capacidad “de delinquir” de la capacidad “de ser penado”, de la siguiente manera

“Por el contrario, en la sencilla concepción de la economía originaria, característica de un Estado donde existían esclavos, se concedió personalidad, y por tanto, imputabilidad, a los animales domésticos. El animal doméstico se hallaba sometido, lo mismo que el hombre privado de libertad, a las prescripciones familiares y al sistema de punición doméstica, y por la quasi-acción que consistiera en apartarse de tales prescripciones, en violarlas, era responsable el propietario de dicho animal doméstico, por vía de la acción noxal”<sup>27</sup>.

---

26 GIMÉNEZ CANDELA, Teresa (1981) *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1981, p. 85.

27 MOMMSEN, Teodoro (1898) *El derecho penal romano*, T. I. Traducción del alemán por DORADO, P. (1999). Pamplona: Analecta ediciones y libros, 1999. En el mismo sentido, ROBINSON (1995).

Ahora bien, como indica Mommsen, *nox* o *noxia* habría significado, en términos generales, “daño”, pero en un sentido más bien técnico, el término habría sido aplicable a un delito cuando la responsabilidad por el mismo recayese en un tercero, distinto al autor. En estos casos, el tercero responsable podría optar por una de dos alternativas: a) por pagar el daño causado –*noxia sarcire* – o b) por entregar en propiedad, a la víctima, la *illata* que había producido el daño – *noxae (= ob noxam) dare* –<sup>28</sup>. Como señala el autor, y a diferencia del procedimiento penal público (cuya forma procesal era inquisitiva), el procedimiento para conocer de las acciones noxales habría sido uno de tipo penal privado, previsto precisamente para los delitos de daños contra particulares, y cuya forma procesal habría sido eminentemente contradictoria, librado entre dos partes (dañado y dañador) que se someten al arbitraje de un magistrado<sup>29</sup>.

Con todo, y si bien la acción noxal era aplicable a todo daño causado por los animales en tanto *res*, existieron también otras dos acciones, exclusivamente contempladas para ciertos casos de acción dañosa de animales. Estas son la *actio de pastu pecoris* y la *actio de pauperie*.

La *actio de pastu pecoris*, consagrada en la Ley de las XII Tablas, estableció una responsabilidad para quien introdujere abusivamente en predio ajeno a los animales propios para pastar. A diferencia de la acción noxal propiamente tal, se trata aquí de una responsabilidad más bien personal, en la que incurre quien introduce el ganado, y que se hace efectiva mediante a) el pago de los daños que el pastoreo hubiere irrogado, o b) la entrega de los animales, como en la noxal. Se trata, en definitiva, no de delitos “cometidos” por animales, sino por el propietario de los mismos que, abusivamente, les introdujere en predio ajeno con el objeto de pastar.

La *actio de pauperie*, en cambio, estaba destinada a perseguir la responsabilidad por los daños producidos directamente por la acción de los animales, de forma independiente a la acción de su propietario, buscando resarcir cualquier tipo de daño causado por animales cuadrúpedos de forma espontánea<sup>30</sup>.

Como se verá a continuación, la no aplicación de castigos de manera directa a los animales por sus hechos cambió radicalmente en el Medioevo y en la época Moderna,

---

28 MOMMSEN (1898) p. 119.

29 *Ibid* p. 186.

30 GIMÉNEZ CANDELA (1999), p. 396.



periodos durante los cuales, por diversas razones que se ventilan en el siguiente acápite, los animales fueron considerados penalmente responsables y sancionables, en igual medida que los humanos adultos capaces de cometer delitos.

## **2.2. Los animales en el Derecho penal medieval y moderno: objeto material y sujeto activo punible**

Durante la Edad Media, los animales continuaron siendo considerados como cosas susceptibles de propiedad, útiles a las labores propias de economías marcadamente rurales. Con todo, y a pesar de no haber cambios en la consideración civil y comercial de los animales, nos encontramos en este periodo con importantes diferencias en el tratamiento penal de los mismos.

Así, si bien los animales siguieron constituyendo para muchos tipos penales el “objeto material” de la acción punible en los delitos contra la propiedad, pasaron también a ostentar la calidad de “sujeto activo” en la comisión delitos, en términos muchísimo más amplios que los concebidos en el periodo anterior: en la Edad Media, y en parte importante de la Modernidad, los animales fueron considerados no sólo capaces de cometer delitos, sino que también de responder penalmente por ellos, de la misma manera en que lo habría sido un autor humano. En palabras de Srivasta,

“Without losing their status as property, animals were imbued with sufficient legal personhood to permit the law to act upon them as it would upon similarly - situated humans”<sup>31</sup>.

Koyunku, a su turno, apunta a que el tratamiento dispensado a los animales en la Edad Media, ni totalmente de cosa, mas tampoco de persona, exhibe características de un “estatus híbrido”, lo que pone en evidencia la movilidad, permeabilidad y aptitud funcional de las categorías jurídicas, en términos generales<sup>32</sup>. Cohen, por su parte, apunta a una “dualidad” en la consideración de los animales en la época, lo que describe como “[...] a certain broad duality in evidence. While the law of property considered animals chattels in every sense, criminal law treated them as sentient, punishable beings. This duality persisted though the lands of customary law, where the criminal prosecution of homicidal or noxious

---

31 SRIVASTAVA, Anila (2007) “‘Mean, Dangerous, and Uncontrollable Beasts’: Medieval Animal Trials”, en *Mosaic: A Journal for the Interdisciplinary Study of Literature*, 40.1 (2007), pp. 127–143, p. 136.

32 KOYUNKU, Emre (2018) Animals as Criminals: Towards a Foucauldian Analysis of Animal Trials, en *Parergon*, Vol. 35 Issue 1.

animals prevailed”<sup>33</sup>.

A continuación, me enfocaré sólo en los juicios celebrados en contra de animales en tanto sujetos activos punibles, por cuanto representa el gran giro experimentado en el tratamiento penal de los animales, con respecto al periodo anterior.

### **2.2.1. Los juicios contra animales: el animal como sujeto activo**

Durante un extenso periodo que inicia, al menos, en el siglo XIII, y con un particular incremento en su frecuencia durante los siglos XVI y XVII<sup>34</sup>, en diversas regiones de Europa central se juzgó penalmente a animales acusados, tanto de cometer crímenes en contra de humanos, como de azolar villorrios, comunidades y plantaciones. Estos juicios hallaron común ocurrencia, principalmente, en los territorios que hoy ocupan geopolíticamente Francia (principalmente en el norte); Suiza; Alemania; Holanda, y algunos países eslavos del sur. Por el contrario, en otras latitudes europeas estas prácticas judiciales no fueron en absoluto utilizadas o, en algunos casos, siquiera conocidas: tal sería el caso de territorios impactados mayormente por la tradición del Derecho romano, como son el caso de España, Italia e incluso Inglaterra<sup>35</sup>.

En efecto, en las latitudes que hoy ocupa España, p. ej., no se conocieron juicios seculares, habiéndose mantenido la tradición romana de responsabilizar a los dueños de los animales por los daños cometidos por éstos. Así lo recogió el Fuero Real (1255) en su Libro IV, Título IV, Ley XX, que obligaba al dueño de los animales mansos, incluidos los perros domésticos, a indemnizar a la víctima por los daños causados. A su turno, la Partida VII, Título XV, Leyes XXI a XXIII, obligaba a los dueños de animales feroces a tenerlos bien guardados y a indemnizar, incluso, el lucro cesante, siguiendo la línea de la *actio de pauperie* romana<sup>36</sup>.

---

33 COHEN, Esther (1993) *The crossroads of justice. Law and Culture in Late Medieval France*. Netherlands: E. J. Brill, 1993, p. 101.

34 KOYUNCU (2018).

35 Si bien estos territorios (España e Italia) muy poco supieron de juicios seculares llevados en contra de animales, sí conocieron de juicios eclesíásticos seguidos contra aquellos, celebrados por la Iglesia Católica – de innegable influencia en ambas latitudes – y cuyo contenido y alcance se analizará más adelante.

36 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (2008) “Los animales como agentes y víctimas de daños en el Derecho Civil”, en *Los animales como agentes y víctimas de daños. Especial referencia a los animales que se encuentran bajo el dominio del hombre*, AA. VV., Barcelona: Editorial Bosch S.A. p. 73.

En Inglaterra la situación fue similar. Los juicios en contra de animales habrían sido, también, sumamente infrecuentes, predominando el estatus de los mismos como objetos<sup>37</sup>. Así, el tratamiento ante los posibles delitos cometidos por animales seguía uno bastante similar a la noxalidad romana, pero encontrando fundamento ya en instituciones asumidas como propias por el *Common Law*, como es el caso del *Forfeiture*<sup>38</sup>.

Básicamente, el *Forfeiture* imponía que todo objeto, inanimado o animal, que causare la muerte de una persona, sería acusado como ofensor, y su valor sería cedido en propiedad (por cierto, por parte del dueño del objeto inanimado o del animal), al rey<sup>39</sup>. Sus raíces, como indican Fourie y Pienaar, se encontrarían en el Derecho romano, recibido por el Derecho británico desde que su territorio se convirtiese en provincia romana tras la invasión a Bretaña del emperador Julio César, en el año 43 A.C.<sup>40</sup>. La inspiración directa del *Forfeiture*, según estos autores, se encontraría en el principio del *Deodand*, proveniente del latín *deo dandum* y que significaba “ser dado a Dios”, prescribiendo que cualquier movimiento de una animal o de un objeto que causare, directa o indirectamente, un accidente inmediato a un sujeto, pasaría a ser considerado un *deodand* y, en tanto tal, confiscado y cedido en propiedad a la Corona<sup>41</sup>.

A diferencia de los procedimientos romanos antes vistos, los del *deodand forfeiture* eran *in rem*, es decir, las acciones se dirigían contra los objetos o los animales mismos y no en contra del dueño, pero era éste quien, en definitiva, soportaba la responsabilidad en su patrimonio mediante la cesión del objeto o del animal<sup>42</sup>.

Entretanto, en buena parte de la Europa continental los juicios en contra de animales, aunque resuenen rocambolescos a oídos contemporáneos, eran procedimientos serios; litigados por abogados que representaban a ambas partes (fueren éstas humanas o animales); sancionados por obispos e, incluso, comentados con frecuencia entre maestros

---

37 SRIVASTAVA (2007), p. 139.

38 FOURIE, M. y PIENAAR, G. (2017), “Tracing the roots of forfeiture and the loss of property in English and American law”, en *Fundamina (Pretoria)*, *Pretoria*, v. 23, n. 1, pp. 20-38, 2017.

39 Así también en BEIRNE, Pierce (2011) “A note on the facticity of animal trials in early modern Britain; or, the curious prosecution of farmer Carter’s dog for murder”, en *Crime Law Soc Change* (2011), pp. 359-374.

40 FOURIE y PIENAAR (2017). Con todo, indican los autores, las raíces de la institución podrían ser trazadas, también, hasta una provisión prevista en el Antiguo Testamento, la que estipulaba que “un buey que corneare y matare a una persona debía de ser apedreado hasta la muerte, independiente de la negligencia de su dueño, y su carne no debía ser comida”. De esta forma, se consideraba a la propiedad (la cosa) culpable del daño, y no a su dueño. *Ibid.*

41 *Ibid.*

42 FUDGE, Erika (2006) “Two Ethics: Killing Animals in the Past and the Present”, en *Killing Animals*, Ed. The Animal Studies Group. Urbana: University of Illinois Press. pp. 99–119.

universitarios. Como prueba de la seriedad de estos procesos, están los antecedentes respecto a los altísimos costos económicos que acarreaban ya que, como en todo juicio de la época, jueces, abogados, agentes judiciales e incluso el verdugo, debían de ser remunerados en cada juicio particular<sup>43</sup>. Además, durante la substanciación de los procesos los animales procesados eran mantenidos en las mismas cárceles destinadas a los humanos, ocupando celdas y siendo alimentados de la misma forma que aquellos, y ello durante todo el tiempo que durare el juicio, lo que se podía extender por varios meses<sup>44</sup>, a lo que se sumaban tanto los costos de traslado del animal y de los intervinientes que comparecieran desde otras latitudes, así como también el coste de los materiales de ejecución<sup>45</sup>.

La pena aplicable a los animales considerados culpables no era otra que la de muerte, ejecutada generalmente mediante el uso de la horca, la hoguera, de enterramientos o de dilapidación, siempre de manera pública.

Ahora bien, la evidencia histórica da cuenta de la existencia de dos tipos de juicios contra animales: a) los juicios seculares y b) los juicios eclesiásticos<sup>46</sup>. Evans, en su legendaria obra *The criminal Prosecution and Capital Punishment of Animals* presenta esta distinción de la siguiente manera:

“The former were capital punishments inflicted by secular tribunals upon pigs, cows, horses and other domestic animals as a penalty for homicide; the latter were judicial proceedings instituted by ecclesiastical courts against rats, mice, locust, weevils and other vermin in order to prevent them for devouring the crops, and to expel them from orchards, vineyards, and cultivated fields by means of exorcism and excommunication”<sup>47</sup>.

A continuación, una revisión de ambos tipos de juicio.

---

43 DINZELBACHER, Peter (2002) “Animal Trials: A Multidisciplinary Approach”, en *Journal of Interdisciplinary History*, XXXII: 3, pp. 405- 421. p. 406.

44 KOYUNCU (2018).

45 Un detalle de los costes irrogados por un juicio seguido en contra de una cerda, sentenciada por homicidio, puede encontrarse en EVANS, Edmund P. (1906) *The Criminal Prosecution and Capital Punishment of Animals. The Lost History of Europe’s Animal Trials*. London: Faber and Faber Limited (1987) p. 142.

46 La autoría de la distinción técnica a nivel académico, entre juicios seculares y eclesiásticos seguidos en contra de animales, se atribuye a Karl Von Amira en su obra *Thierstrafen und Thierprocesse* (Wagner, 1981), así indicado en EVANS (1906).

47 *Ibid*, p. 2.

### a) Los juicios seculares

Los juicios seculares se circunscribieron, principalmente, a los territorios del norte de Francia, Suiza y Alemania (donde imperaba el derecho consuetudinario) aunque, con todo, no son pocos los antecedentes históricos que dan cuenta de una muy superior incidencia en Francia<sup>48</sup>. Los primeros indicios de su existencia se remontarían al siglo XIII, en las áreas de Borgoña y París, extendiéndose por el norte a las actuales regiones de la Bretaña francesa y Normandía para llegar luego, por el este, a los Países Bajos y Alemania. Se trataba de procedimientos inquisitivos, estrictamente apegados a las reglas establecidas para los procedimientos penales seguidos contra seres humanos, e iniciados y sustanciados ya fuere por la Corona o por el Pueblo.

Los animales más frecuentemente sometidos a proceso eran siempre individualmente considerados y, generalmente, domésticos. Los antecedentes recopilados por diversos autores muestra una prevalencia de juicios en contra de cerdos (en general, por causar lesiones o la muerte a lactantes e infantes). El porqué de esta posible prevalencia delictual porcina no es clara, sin embargo, como sugiere Sykes, ello podría obedecer a la costumbre medieval de convivir con cerdos al interior de las viviendas y de permitirles deambular libremente por las calles<sup>49</sup>. Los cerdos eran, a la época, parte fundamental de la economía primaria e importante fuente de sustento para los grupos familiares, por lo que las calles solían encontrarse plagadas de ellos<sup>50</sup>.

Además de la persecución por homicidio y lesiones, fue común también la persecución penal conjunta de animales y humanos por bestialismo. En este tipo de casos, animal humano y no humano eran juzgados como coautores y sentenciados a morir quemados, juntos<sup>51</sup>.

A su turno, la provocación de daños a la propiedad por parte de animales era considerado un asunto netamente civil, siguiendo así lo previsto por el Derecho romano<sup>52</sup>.

---

48 Así, en LERNESTEDT, Claes y MATRAVERS; Matt (2022) "Introduction: The Criminal Law's Person", en LERNESTEDT, Claes y MATRAVERS; Matt, Eds, (2022) *The Criminal Law's Person*, Hart Publishing, Oxford, pp. 2 ss.

49 SYKES, Katie (2011) "Human drama, animal trials: what the medieval animal trials can teach us about justice for animals", en *Animal Law*, Vol. 17:273. En el mismo sentido SRIVASTAVA (2007).

50 SRIVASTAVA (2007), p. 134.

51 Evans da cuenta del caso, documentado, de un hombre que fue sentenciado por bestialismo en Vanvres (1750), aunque la "coautora", una burra, habría sido absuelta gracias a que testigos dieron cuenta de su virtud y buen comportamiento, tanto en casa como fuera de ella, y de que nunca había ocasionado escándalos a nadie, dando fe de su honestidad, en EVANS (1906). p. 150.

52 DINZELBACHER (2002), p. 408.

## **b) Los juicios eclesiásticos**

Por su parte, los juicios eclesiásticos se extendieron a una franja territorial mayor que los seculares, producto de la influencia de la Iglesia Católica y del Derecho canónico. Fueron, así, un instrumento más de evangelización, conociéndose casos incluso en Canadá y Brasil<sup>53</sup>.

A diferencia de los seculares, los eclesiásticos versaban casi exclusivamente sobre la provocación de daños en la propiedad, y se dirigían en contra de sujetos activos masivos y de muy difícil pesquisa, como era el caso de las plagas de roedores, langostas, alimañas y otros insectos. Así, la especie del animal juzgado determinaría, asimismo, si eran sometidos a la jurisdicción eclesial o a la secular, y ello por una razón de evidente conveniencia: si se trataba de animales pequeños como roedores o insectos nocivos, que causaren daño económico a los humanos a través de la devastación de siembras y tierras cultivadas, la jurisdicción elegida sería la eclesiástica, ya que estaba fuera de toda capacidad humana capturar a este tipo de animales pequeños, haciendo forzoso recurrir a los poderes sobrenaturales de la Iglesia para expulsar o excomulgar a estos seres<sup>54</sup>.

Los juicios se iniciaban a instancias de una comunidad – que actuaba como una suerte de sujeto pasivo colectivo –, en contra de un grupo de animales nocivos – como sujeto activo colectivo – por los daños causados en su propiedad, siempre a través de declaraciones repletas de alusiones religiosas y mágicas. En palabras de Cohen,

“The ecclesiastical trials served as scenes of extremely thorough debates concerning the roles and interchanging relationships of God, man, animals and the vegetable world that fed all of God’s creatures”<sup>55</sup>.

La casuística de estos juicios era tan variada, y tan forzosamente antropomorfizada, como la de los juicios seculares. De ello da vasta cuenta Evans, quien documenta en su obra algunas de las estrategias jurídicas utilizadas por los letrados a cargo de la defensa de los pequeños bribones. Así, da cuenta de las estrategias seguidas por el abogado francés Bartholomé Chassenée (1480-1540), reconocida autoridad en la representación de

---

53 Existe documentación respecto a, al menos, un juicio eclesiástico llevado a cabo en Brasil. En particular, se trata del proceso seguido en contra de una plaga de termitas que azoló un claustro franciscano, en la provincia de Piedade no Maranhão, devorando la comida de los monjes; destruyendo sus muebles, e incluso dañando la estructura del templo (siglo XVI), en EVANS (1906), p. 123.

54 KOYUNCU (2018) p. 80.

55 COHEN (1993) p. 119.

animales ante las cortes eclesiales. Particularmente, llama profundamente la atención el relato sobre un juicio seguido en contra de una plaga de roedores, causa en la que el jurista habría logrado dilatar el proceso exigiendo – a la Corte – el legal emplazamiento de sus clientes, ello a través de la instalación, en las puertas de todas las iglesias de la región, de una copia de la citación a comparecer en juicio. Al no presentarse las ratas al día y hora fijados, el defensor solicitó a los jueces excusar a sus representados aludiendo a que, si bien habrían intentado hacerlo, ello no habría sido posible dado que, en toda esquina, habrían encontrado la amenaza de sus enemigos mortales naturales, los gatos, impidiéndoles llegar a la cita<sup>56</sup>.

Las sentencias imponían penas de índole exclusivamente religiosa: la excomunión, la expulsión y el anatema eran las principales formas de castigo. Con todo, como la fase de ejecución era, ciertamente, algo que escapaba a los poderes de la Iglesia, el desacato de los animales habría sido usualmente reconvertido hacia nuevas formas de evangelización y de gestión económica eclesial: p. ej., la Iglesia comunicaba a sus feligreses que las plagas habrían sido, en realidad, enviadas por Dios en castigo por sus pecados, de forma que si éstas no acataban la sentencia, ello estaría significando entonces que las personas no se habían arrepentido lo suficiente de sus ofensas a Dios y que, por tanto, debían aumentar el diezmo ofrecido a la Iglesia<sup>57</sup>, todo lo cual no habría sido posible sin, como indica Dinzelbacher, el intenso sentimiento de culpabilidad que la cristiandad habría buscado infundir en sus devotos<sup>58</sup>.

Si bien estos juicios fueron institucionalmente promovidos al interior de la Iglesia Católica, ciertamente hubo algunas voces opositoras, principalmente promovidas por teólogos. P. ej. Santo Tomás de Aquino, en su *Summa Theologiae*, reflexionó sobre la posibilidad de maldecir a criaturas irracionales, favoreciendo una posición negativa en tanto, sostiene, por una parte se trataría de criaturas irracionales incapaces de culpabilidad alguna, tornando la maldición en odiosa, vana e ilegal y, por otra, por cuanto serían los animales, a su entender, enviados de Dios como agentes de ejecución de sus juicios, comprensión que tornaría la maldición en una blasfemia. Con todo, admite el teólogo, los procedimientos y maldiciones serían admisibles sólo en la medida en que se demostrare

---

56 Sobre las estrategias de Chassenée y otros juristas en la de defensa judicial de animales, véase EVANS (1906) y COHEN (1993).

57 Así en EVANS (1906), COHEN (1993) y KOYUNCU (2018).

58 DINZELBACHER (2002), p. 410.

que los animales han actuado como satélites de Satán, instigados por los poderes del infierno<sup>59</sup>.

En contraposición a los teólogos, los juicios eran abierta y entusiastamente defendidos por los juristas, probablemente más por un afán monetario que por un interés en hacer justicia<sup>60</sup>.

### **2.2.2. La responsabilidad penal de los animales, un fenómeno multifactorial**

Ciertamente, escapa a los objetivos del presente trabajo ahondar en las motivaciones y razones que permitieron la realización de juicios, tanto seculares como eclesiásticos, en contra de animales. Con todo, parece posible sostener, con cierto grado certeza, de que se trata de un fenómeno multifactorial.

En efecto, no pocos autores han elaborado teorías al respecto, proponiendo posibles explicaciones sociológicas, históricas y/o religiosas. V.g., algunos encuentran respuestas en razones netamente funcionales, esto es, en una visión de los juicios como forma de domesticar el caos que provocan las fuerzas naturales irracionales, buscando proveer a la sociedad de explicaciones consensuadas; o como forma de establecer y reafirmar el imperio y la supremacía del hombre frente a la naturaleza<sup>61</sup>. En palabras de Berman,

“Ultimately, the trials allowed the community to apply its notions of justice to the animal kingdom by constructing a narrative that could harmonize the needs of the society with the natural forces it could not control”<sup>62</sup>.

En un sentido similar, Humphrey propone, como razón principal, el establecimiento de una suerte de control cognitivo, consistente en intentar domesticar el caos, imponer orden en un mundo de accidentes y, específicamente, tratar de dar sentido a eventos inexplicables, redefiniéndolos como crímenes<sup>63</sup>. A ello, agrega Dinzelbacher, se sumaría que la creciente cultura cortesana de la época habría apoyado fuertemente este tipo de juicios, como una forma de fomentar la extensión de las jurisdicciones secular y eclesiástica y, por tanto, el crecimiento de la autonomía de la maquinaria judicial,

---

59 Así en EVANS (1906), COHEN (1993) y KOYUNCU (2018).

60 COHEN (1993). p. 125.

61 *Ibid.*

62 BERMAN, P.S. (1994) “Rats, Pigs, and Statutes on Trial: The Creation of Cultural Narratives in the Prosecution of animals and Inanimate Objects”, en *New York Law Review*, LXIX (1994).

63 HUMPHREY, Nicolas (1987), en prólogo para EVANS (1906, ed. 1987).



haciendo así que se multiplicaran no sólo los tribunales, sino que también las facultades de Derecho y la literatura especializada<sup>64</sup>. Con todo, resulta claro que, como indica Requejo Conde, nada de ello habría sido posible sin la representación mágica y supersticiosa de los animales como “criaturas anómalas que encarnaban almas demoniacas criminales dignas de ser castigadas con la excomunión, destierro, maleficios o con la pena de muerte”<sup>65</sup>, lo que se ve de alguna manera refrendado por lo que identifica Hyde como la propia ignorancia, animosidad retributiva, crudeza y brutalidad de los propios humanos<sup>66</sup>.

A modo de resumen, vale la pena revisar lo que comprensivamente y con inmejorable claridad indica Dinzelbacher, quien enumera, en definitiva, los posibles factores de la forma que sigue

“A combination of various factors is necessary to explain how so extravagant a procedure as the animal trial was able to take root during the late Middle Ages: (1) the insecurity that arose from epidemics, economic depression, and social conflicts; (2) the establishment of Roman law and court procedure in late medieval society; (3) the religious subordination of all beings to priestly power; (4) the comfort derived from the ritual “magic” of legal formalism, and public execution; (5) the interest of lords and lawyers to continue a lucrative practice; and (6) the tendency to personify animals in extreme situations”<sup>67</sup>.

### **2.3. Los animales en el Derecho penal contemporáneo: objeto material y objeto de protección**

Este último periodo histórico, aún no cerrado y tan extenso como los anteriores, inicia con la Revolución francesa y se extiende hasta la actualidad. Aquí, si bien la consideración civil de los animales habría seguido siendo, como desde la época romana, la de bien apropiable y vital para la economía – razón por la que continuaron constituyendo el objeto material de diversos delitos contra la propiedad –, surgió y se desarrolló también una nueva forma de ver a los animales. En efecto, lo más relevante y

---

64 DINZELBACHER (2002) p. 419.

65 REQUEJO CONDE (2010) p. 4. En el mismo sentido, Gonthier entiende que la sanción a los animales se corresponde con la creencia fantástica de que “el maligno” puede presentarse en diversos seres, empujándolos a cometer actos criminales, en GONTHIER, Nicole (1998) *Le châtiment du Crime au Moyen Âge*, Presses universitaires de Rennes, Rennes, 1998, cap IV.

66 HYDE, Walter W. (1916) “The Prosecution and Punishment of Animals and Lifeless Things in the Middle Ages and Modern Times”, en *Pennsylvania: University of Pennsylvania Law Review and American Law*, pp. 696–730.

67 DINZELBACHER (2002). p. 421.

destacable en este periodo se vincula con que, desde la última parte del periodo del anterior y ya marcadamente durante éste, se habría producido un giro fundamental en la percepción de las personas hacia los animales, lo que los habría llevado a constituirse, además de objetos materiales, en “objetos de protección” de determinados tipos penales.

Gómez Centurión, p.ej., grafica cómo este cambio de paradigma habría implicado el fin de ciertas prácticas, de la siguiente forma

“Poco a poco, sin embargo, las peleas de animales salvajes fueron cayendo en desuso. Al menos en Europa occidental, desde finales del siglo XVII y a lo largo del siglo XVIII, la sociedad cortesana, más civilizada y menos violenta, fue perdiendo paulatinamente el interés hacia ellas”<sup>68</sup>.

En efecto, como indica el mismo autor, entre el Renacimiento y la Ilustración habría operado, en Europa, una transformación intelectual radical con respecto a la relación del ser humano con su entorno ecosistémico: así, de mano de la revolución científica, la imagen del hombre como centro del universo y la naturaleza se vio fuertemente cuestionada, dejándose atrás – en parte importante – las visiones filosóficas y (*pseudo*) científicas del mundo clásico, históricamente enraizadas en un total antropocentrismo (siglos XVII y XVIII, aproximadamente)<sup>69</sup>.

Dicho cambio habría traído consigo, naturalmente, una demanda por dispensar a los animales un “trato humanitario”, principalmente tras la superación de la idea cartesiana del “animal-máquina”<sup>70</sup> y del inicio de la certeza respecto a la sintiencia animal<sup>71</sup>. De esta forma, habría surgido la idea sobre lo incorrecto que resultaría causar sufrimiento a los animales, vigente hasta el día de hoy, dando paso al nacimiento de las primeras sanciones jurídicas al maltrato animal, tanto en los ámbitos administrativo como penal.

---

68 GÓMEZ-CENTURIÓN JIMÉNEZ, Carlos (2011) *Alhajas para soberanos. Los animales reales en el siglo XVIII: de las leoneras a las mascotas de cámara*, Editado por la Junta de Castilla y León, Consejería de Cultura y Turismo, 2011, p. 31.

69 *Ibid*, p. 404.

70 DESCARTES, René (1637) *Discours de la Méthode : suivi de la dioptrique*. Ed. Frédéric de Buzon. Éditions Gallimard, Paris, 1997.

71 Fundamentales resultan aquí los aportes científicos de Charles Darwin, principalmente en DARWIN, Charles (1859) *El origen de las especies*, Colección Austral, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 2008, y en (1881) *The Descent of Man and Selection in Relation to Sex*, Ed. Wordsworth Classic of World Literature, Londres, 2013. Un detalle, sobre el impacto darwiniano, en RACHELS, James (1990) *Created from Animals. The Moral Implications of Darwinism*. Oxford University Press, New York, 1990. Además, canónicos fueron los ineludibles aportes filosóficos de los utilitaristas, principalmente de los ingleses Jeremy Bentham (1748-1832) y John Stuart Mill (1806-1873), defensores de la consigna por la maximización de felicidad y la minimización del sufrimiento, quienes tomaron la sintiencia como capacidad base y suficiente para experimentar ambos, tal como indica FREY, R.G. (2011) “Utilitarianism and Animals”, en *The Oxford Handbook of Animal Ethics*, Eds. BEAUCHAMP, Tom y FREY, R.G., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 172-197.

Surge así, primeramente en Inglaterra para expandirse luego a la Europa continental, el principio del *humane treatment and avoidance of animal suffering*. Este principio, conocido en lengua castellana como de “tratamiento humanitario”, impone la obligación de tratar a los animales de manera humanitaria y, como consecuencia de ello, el deber de evitarles todo sufrimiento, dolor o daño innecesario<sup>72</sup>. Como consecuencia, p. ej., surgió en la Inglaterra del siglo XVIII una fuerte condena a la práctica de la vivisección lo que lleva, entre otras cosas, a la fundación en 1824 de la *Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, organización que pasaría posteriormente a constituirse en una *Royal Society*. En Francia, con un leve retraso con relación a Inglaterra, se funda la primera sociedad protectora de animales en 1839, siendo aprobada por el Gobierno francés en 1846<sup>73</sup>.

En este contexto surgieron, también, las que estimo son las tres principales razones que habrían motivado, al menos inicialmente, el reproche – tanto moral como jurídico – de los malos tratos ejercidos en contra de animales.

Así, la primera razón se vincula, sin más, con el reproche a la provocación de sufrimiento a un ser capaz de experimentarlo. Con todo, no se habría tratado, al menos no a la época, de una demanda por la evitación de la provocación de sufrimiento al animal por mor de sí mismo, sino por lo reprochable que devenía, a la luz de la certeza sobre su sintiencia, la causación de sufrimiento. Es decir, producto de los avances científicos y el abandono de la comprensión del “animal-máquina”, dándose paso a una del animal-sensible, habría devenido moralmente inaceptable el causarles sufrimiento de manera injustificada. Comienza, así, a asentarse también la idea de que, como indica Gómez Centurión, si bien el ser humano está “autorizado a domesticarlos y a sacrificarlos para comer y para vestirse, no lo estaba en cambio para tiranizarlos o causarles sufrimiento innecesario”<sup>74</sup>, o como concisamente indica Guzmán Dalbora,

“Ya no se trataba, pues, de asegurar la satisfacción de los inveterados intereses de carácter económico vinculados a aquéllos, en cuanto entes desprovistos de personalidad, sino de castigar

---

72 BLATTNER, Charlotte E. (2021) *Protecting Animals Within and Across Borders*. Extraterritorial Jurisdiction and the Challenges of Globalization, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 75.

73 REQUEJO CONDE (2010). Sobre el desarrollo de la protección de los animales en España, véase MARCHENA DOMÍNGUEZ, José (2011) “El proteccionismo hacia los animales: interpretación histórica y visión nacional”, en *Los animales en la historia y la cultura*, MORGADO GARCÍA, Arturo y RODRÍGUEZ MORENO, José Joaquín, Eds., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2011, pp. 191-220.

74 GÓMEZ-CENTURIÓN JIMÉNEZ, (2011), p. 416. En el mismo sentido, largamente también en GARRET, Aaron (2011) “Animals and Ethics in the History of Modern Philosophy”, en *The Oxford Handbook of Animal Ethics*, Eds. BEAUCHAMP, Tom y FREY, R.G., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 61-87.

la infracción de ciertos deberes, todavía no bien perfilados conceptualmente, que dicen relación con estos seres dotados de vida”<sup>75</sup>.

Conjuntamente, habría surgido una segunda razón para la penalización de los actos de maltrato o crueldad en contra de animales, cual es la protección de los sentimientos de la sociedad toda que, en conocimiento de la capacidad de sintiencia, se mostraría profundamente ofendida en su sensibilidad pietista ante los actos de maltrato. Aquí, el reproche se basa en el sometimiento y provocación de sufrimiento emocional en las personas que, de una u otra forma, se han visto expuestas a la acción de maltrato del animal. Esta razón motivó, como se verá, la sanción de malos tratos únicamente cuando éstos fueran realizados en público, marginando de reproche los ejecutados en privado.

En tercer lugar, se agrega a las anteriores también la idea civilizadora de que dichas acciones provocarían un efecto embrutecedor en quien las realiza, favoreciendo un incremento en las posibilidades de que dicha violencia se replique posteriormente hacia otras personas<sup>76</sup>. Se trata, dicho de otro modo, de la idea de que los tratamientos crueles dispensados hacia los animales son, también, reprochables en tanto anuncio de posibles futuros malos tratos hacia el prójimo lo que, por razones derechamente de política criminal, aconsejaba su criminalización. Así, Hommel sostuvo, ya en 1769, que “quien halla placer en el dolor o tormento de la bestia, puedes estar seguro al creer que se complacería también en desgarrar hombres”<sup>77</sup>.

Sin duda, la idea de la predisposición violenta alcanzó su maduración y mayor solidez de mano de Kant, quien afirmó que la actuación cruel en contra de los animales acarrea un embotamiento del alma humana, predisponiendo al perpetrador a repetir el ejercicio de dicha crueldad para con sus semejantes<sup>78</sup>, siempre marcando una constante distancia de superioridad entre humanos y no-humanos en base a, principalmente, la capacidad de razonar y de autogobernarse<sup>79</sup>.

---

75 GUZMÁN DALBORA (2007), p. 202.

76 GÓMEZ-CENTURIÓN JIMÉNEZ (2011), p. 417 y ss.

77 Cita de HOMMEL Karl Ferdinand (1769) *Rhapsodia quaestionum in foro quotide obrentientum tantem legibus decisarum*, Leipzig, (Observatio 256) en GUZMÁN DALBORA (2007), p. 209.

78 KANT, Immanuel (1797) *La Metafísica de las Costumbres*. Traducción de CORTINA, A. y CONILL, J. Cuarta Edición. Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.) Madrid, 2005.

79 También en REQUEJO CONDE (2010) p. 5; como asimismo largamente en KORSGAARD, Christine (2011) “Interacting with Animals: A Kantian Account”, en *The Oxford Handbook of Animal Ethics*, Eds. BEAUCHAMP, Tom y FREY, R.G., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 91-118, especialmente pp. 99 y ss., y también en LOEWE, Daniel (2018) “Justicia y animales:

Así, señala en la *Metafísica de las Costumbres* que

“el trato violento y cruel a los animales se opone mucho más íntimamente al deber del hombre hacia sí mismo, porque con ello se embota en el hombre la compasión por su sufrimiento, debilitándose así y destruyéndose paulatinamente una predisposición natural muy útil a la moralidad en relación con los demás hombres”<sup>80</sup>.

Esta última razón para la criminalización, daría cuenta de un tipo de reproche penal equiparable a lo que hoy identificamos como “Derecho penal del autor”, en tanto se sanciona una acción no por sí misma, sino en cuanto se trata de una acción que, si bien para el Derecho penal resulta en sí misma irrelevante, se reprocha en tanto da cuenta de una tendencia hacia la perversión que podría, en el futuro, desplegarse en contra de las personas<sup>81</sup>.

Así entonces, estas tres razones pueden verse claramente reflejadas en las primeras penalizaciones de la época<sup>82</sup>. En primer lugar, en la pionera norma inglesa promovida por Richard Martin, miembro galés de la *House of Commons*, que fuera aprobada por el Parlamento británico en 1822 e identificada como “*An Act to prevent the cruel and improper Treatment of Cattle*”<sup>83</sup>, la que penalizó, con sanciones que iban desde las 5 libras hasta tres meses de prisión, a toda persona que golpeará, abusara o maltratara de forma gratuita y cruel a varios tipos de ganado, incluidos los caballos, el ganado vacuno y las ovejas, e independientemente de si la acción era realizada por el propietario de los animales, o no<sup>84</sup>.

En segundo lugar, similar a la anterior, está la ley promovida por el general Grammont en Francia – conocida, por tanto, como la *Loi Grammont* –, votada el 2 de julio de 1850 y que dispuso la imposición de una multa de 5 a 15 francos, con la posibilidad de imponer de 1 a 5 días de prisión, a quienes ejercieren pública y abusivamente malos tratos en

---

estatus moral y obligaciones debidas hacia los animales”, en *Derecho Animal, Teoría y Práctica*, Eds. CHIBLE VILLANDANGOS, María José y GALLEGOS SAADE, Javier, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2018, pp. 51-75.

80 KANT (1797), p. 310.

81 Un riquísimo detalle sobre las diversas vertientes de este tipo de criminalización, ya sean “sin acción” o “sin ofensa”, en FERRAJOLI, Luigi (1989) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, 7ª Ed. Madrid, 2005, p. 97 y ss.

82 Una lista de varias de estas penalizaciones en REQUEJO CONDE (2010), p. 6 y ss.

83 También conocida como “*Cruel Treatment of Cattle Act*” o simplemente como *Martin's Act*, 1822.

84 En ANDERSON, Jerry L. (2012) “The origins and efficacy of private enforcement of Animal Cruelty Law in Britain”, en *Drake Journal of Agricultural Law*, Vol. 17.2, pp. 263-310. También en CHIESA, Luis E. (2008) “Why it is a Crime to stomp on a Goldfish? – Harm, Victimhood and the Structure of Anti-Cruelty Offenses”, en *Mississippi Law Journal*, 78.1, pp. 1-67. Sobre la penalización en Estados Unidos durante el siglo XVIII, en extenso en FAVRE, David y TSANG, Vivian (1993) “The Development of the Anti-Cruelty Laws During the 1800's”, en *The Detroit College of Law Review* 1993 Det. C.L. Rev. 1 (1993), pp. 1-32.

contra de animales domésticos, aplicando siempre la pena de prisión en caso de reincidencia<sup>85</sup>.

Como resulta claro de la lectura de ambas tipificaciones, se trata de dos sanciones que, si bien coinciden en algunos puntos, se distancian bastante en otros tantos. Como puntos en común es posible advertir que ambas sancionan los malos tratos ejercidos en contra de animales domésticos reconociendo, a través de dicha penalización, que no se trata de meros bienes sobre los cuales puede disponer un propietario de la forma que estime, sino que, por el contrario, posibilitan incluso castigar el dueño del animal si le maltrata. Asimismo, ambas prevén penas de multa y de prisión. Con todo, se diferencian de manera importante en el objeto de protección, por cuanto la *Martin's Act* apunta sólo a animales de abasto, mientras que la *Loi Grammont* apunta a animales domésticos en términos más amplios (incluyendo tanto a los de abasto como a los de compañía). Además, la primera no exige publicidad, mientras que la segunda sí lo hace.

Avanzando en el periodo, en las penalizaciones de nuestra época sigue siendo posible advertir las mismas motivaciones para la penalización de antaño, aunque con bases empíricas más robustas respecto a la capacidad de los animales de sufrir, tanto física como mentalmente. En este sentido, como indica Requejo Conde, se produce a partir de los años '70 una importante, y creciente, sensibilización internacional respecto a la capacidad de sintiencia de los animales<sup>86</sup>, dando paso a una preocupación, cada vez más progresiva, por la protección del “bienestar animal”<sup>87</sup>, lo que supondría, como indica la autora, una preocupación por las obligaciones de “garantizar al animal el no sufrir molestias; no

---

85 PELOSSE, Valentin (1882) “Imaginaire social et protection de l'animal : Des amis des bêtes de l'an X au législateur de 1850 (2e partie) » en *L'Homme*, Jan. - Mar., 1982, T. 22, No. 1 (Jan. - Mar., 1982), pp. 33-51.

86 Fundamental aquí resulta el aporte del filósofo Peter Singer a través de su obra, ya clásica a estas alturas, *Liberación animal* en SINGER, Peter (1975) *Animal Liberation*. Harper Collins Publishers. New York. 2009. Sobre la influencia de los movimientos “animalistas” en el ordenamiento jurídico, véase HAVA GARCÍA, Esther (2011) “La protección del bienestar animal a través del Derecho penal”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (2011), pp. 259-304, como también en GARCÍA SOLÉ, Marc (2015) “El delito de maltrato de animales. El maltrato legislativo a su protección”, en *Revista de Bioética y Derecho*, Rev Bio y Der. 2015; Número extra, recopilatorio especial, pp. 43-53.

87 La Organización Mundial de la Salud Animal, OMSA, define en su Código Terrestre al “bienestar animal” como aquello que “designa el estado físico y mental de un animal en relación con las condiciones en las que vive y muere”. Disponible en <https://www.woah.org/es/que-hacemos/normas/codigos-y-manuales/acceso-en-linea-al-codigo-terrestre/?id=169&L=1&htmfile=glossaire.htm>.

padecer ni hambre ni sed; no sufrir miedo ni angustia; ni dolor, heridas o enfermedad; y libertad para expresar su comportamiento natural”<sup>88</sup>.

Todo lo anterior no sólo ha llevado a que la gran mayoría – si es que no prácticamente la totalidad – de los ordenamientos jurídicos del orbe contemplen algún tipo de sanción, ya sea penal o administrativa, a los malos tratos y la crueldad ejercida en contra de los animales, sino que además se ha producido un fenómeno de aumento de las conductas sancionadas y de la entidad de las sanciones a imponer, como se verá. Con todo, las razones que motivan las penalizaciones actuales siguen no siendo del todo claras, dividiendo a la doctrina con respecto a cuál de las tres razones arriba expuestas, u otras, subyacen a la decisión de criminalización. Dicho de otro modo, aún se discute acaloradamente acerca de cuál es el bien jurídico protegido detrás de la decisión de criminalización de los tipos penales actuales.

Así, y habiéndose revisado la evolución histórica del tratamiento de los animales en el Derecho penal, como asimismo advertido que no son pocas las posiciones respecto a qué razones subyacen a la decisión de penalización, a continuación se realizará una revisión de las diversas propuestas respecto a cuál podría ser el bien jurídico protegido en los delitos de maltrato animal actuales, considerados en términos generales.

### **3. La cuestión del bien jurídico en los delitos de maltrato animal**

Si bien la cuestión del bien jurídico penalmente protegido se desarrollará en extenso en el capítulo tercero, bien conviene realizar a estas alturas algunas precisiones introductorias a la discusión, principalmente a la luz de la recién estudiada evolución del tratamiento de los animales en materia penal y de lo que, de dicha revisión, aparecen como las posibles razones de criminalización en los delitos de maltrato.

En efecto, como ha sido posible advertir en las páginas anteriores, las razones para criminalizar este tipo de delitos encontrarían su antecedente más cercano en las sanciones a los daños a los animales, en tanto *bienes* de propiedad de alguien, pasando luego,

---

88 Muy en línea con las 5 libertades, detalladas también por la OMSA en <https://www.woah.org/es/que-hacemos/sanidad-y-bienestar-animal/bienestar-animal/>. En REQUEJO CONDE (2010) p. 7, además de un detalle histórico extenso de las normas comunitarias europeas, en general, y españolas (nacionales y comunitarias), en particular, en materia de bienestar animal. También en BRAGE CENDÁN, Santiago B. (2017) *Los delitos de maltrato y abandono de animales: (artículos 337 y 337 bis CP)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 15 y ss.

además de constituir un eventual delito contra la propiedad, a constituir también uno de malos tratos o crueldad en contra de los mismos, merced del arribo de la certeza respecto a su capacidad de sufrir. Es decir, independientemente de plasmarse un reproche al disvalor en la conducta de dañar la propiedad – en caso de que el animal tuviese un propietario distinto de quien la realiza – se plasma un reproche a la provocación de sufrimiento a quien es, con certeza, capaz de experimentarlo.

Con todo, las posibles razones que motivan el reproche a la causación de sufrimiento son, como se vio en el acápite anterior, variadas y en mucho discutidas, siéndolo en al menos tres aspectos: en primer lugar, respecto a la legitimidad misma de la decisión de criminalización de este tipo de conductas; en segundo, respecto a la titularidad del bien jurídico protegido en este tipo de delitos y, en tercero, sobre cuál, en cualquier caso, podría ser identificado como el bien jurídico protegido.

A continuación, algunos apuntes respecto a las cuestiones primera y segunda en base a las posiciones manifestadas, en algún momento, por dos referentes de la doctrina penal para, en el acápite siguiente, abordar las muy diversas posturas sobre cuál habría de ser entendido como el bien jurídico protegido en los delitos de maltrato animal.

### **3.1. Breve esbozo de la discusión en torno a la titularidad del bien jurídico y a la legitimidad de la sanción penal del maltrato animal**

La cuestión sobre la legitimidad de los delitos de maltrato animal, a razón de la existencia – o no – de un bien jurídico que permita considerarle conforme a los principios limitadores del *ius puniendi* estatal<sup>89</sup>, en conjunto con la cuestión respecto a quién – o qué – sería su titular, no deja de concitar debates. En efecto, y a pesar de que se han cumplido, precisamente en el año 2022, 200 años desde la primera penalización del maltrato de animales – the *Martin's Act*<sup>90</sup> –, penalización que se ha extendido a diversos territorios y que se ha visto, además, fuertemente reforzada en los últimos 30 años, aún persisten posiciones que ponen en duda la legitimidad de este tipo de delitos<sup>91</sup>. Para ejemplificar

---

89 En detalle, en el capítulo tercero.

90 Sobre los 200 años de la penalización del maltrato animal en Inglaterra, a través de la *Martin's Act*, véase <https://www.sunderland.ac.uk/more/news/story/documentary-explores-200-year-old-legislation-protecting-animals-1923>.

91 Sobre la discusión respecto a la legitimidad de los delitos de maltrato animal, a la luz de los principios penales de subsidiariedad y fragmentariedad – y a la insuficiencia del Derecho administrativo sancionador para hacer frente a los casos de violencia en contra de los animales –, en CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta (2021) “La penalidad de los delitos de maltrato y abandono de animales”, en



esta discusión, a continuación dos posturas, diametralmente opuestas, de dos penalistas de indudable influencia: Jakobs y Roxin.

Jakobs, en primer lugar, reflexiona sobre las posibles razones que legitiman la intervención penal en la materia, identificando dos tipos de intentos de legitimación. En primer lugar, los que identifica como intentos extremos, que se vinculan con la idea de que los animales serían poseedores de derechos subjetivos y, en segundo, los intentos más simples, vinculados a la protección de los sentimientos de las personas. Todo lo anterior, lo que plasma como

[...] “En los casos más extremos de tentativa de legitimación se atribuye a los animales intereses, cuya lesión se entiende que debe ser caracterizada como un injusto penal; más, de esa forma, los animales acaban siendo declarados poseedores de derechos [...] En los casos más simples de tentativa de legitimación se sigue haciendo referencia a la mera violación de las costumbres o la lesión del sentimiento de aquellas personas que quedan aterrorizadas o se horrorizan frente a tales actos” [...] <sup>92</sup>.

De entre los dos intentos, el autor declara decantarse por una legitimación más bien de corte “minimalista”, una que no reconoce derechos a los animales en tanto, afirma, ello sería imposible dada la incapacidad de aquellos de ser titulares de deberes <sup>93</sup>. Siguiendo la tradición kantiana del respeto a los animales, mas como una obligación hacia uno mismo y a nuestros semejantes, Jakobs entiende la punición del maltrato hacia los animales no sólo como el cumplimiento de un deber hacia uno mismo, sino que también como protección frente a un acto de crueldad, lo que le permite identificar a estos tipos penales como delitos de peligro abstracto, en tanto su realización “puede contribuir a la difusión de comportamientos peligrosos, más precisamente, de comportamientos crueles” <sup>94</sup>.

A gran distancia de la propuesta de Jakobs está Roxin, quien favorece una comprensión de los delitos de maltrato animal como unos cuyo bien jurídico no sería de titularidad de las personas, sino por el contrario, descansaría sobre una titularidad de los animales mismos, razón por la que rechaza de plano aquellas posiciones que estiman que lo

---

*De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador*, CUERDA ARNAU, María Luis (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia (2021), pp. 80-113.

<sup>92</sup> JAKOBS, Günther (1978) *¿Protección de bienes jurídicos? Sobre la legitimación del Derecho penal*. Editorial IBdeF, Colección Maestros del Derecho penal. Buenos Aires – Montevideo (2020), p. 86.

<sup>93</sup> En armonía con las tesis clásicas de la teoría de la voluntad (*Will Theory* o *Choice Theory of Rights*), como se verá en el capítulo cuarto.

<sup>94</sup> JAKOBS (1978), p. 88.

protegido serían los sentimientos de los humanos<sup>95</sup>. Así, y apuntando a la falta de exigencia de publicidad como elemento típico, señala que

“La prohibición de maltrato a los animales no pretende, como objetivo prioritario, respetar nuestros sentimientos, sino ahorrar sufrimientos innecesarios a los animales” [...] “si las cosas fueran de otro modo, un maltrato que se produjera sin llegar a conocimiento público, y que a nadie escandalizaría, debería ser impune”<sup>96</sup>.

A lo anterior suma, como elemento de juicio para sustentar su posición, los argumentos jurídico-positivos previstos a la época en la legislación alemana, que imponen un mandato expreso de protección de los animales<sup>97</sup>. En base a todo lo anterior, sugiere el autor, se verificaría el paso desde una concepción exclusivamente antropocéntrica del bien jurídico a una más bien de corte “creacionista”, que protegería a los animales en cuanto “congéneres de la creación”<sup>98</sup>. Sobre la titularidad de derechos subjetivos por parte de los animales, Roxin se inclina por señalar – con Binding, como se verá en el capítulo tercero – que la afectación a un bien jurídico no presupone, necesariamente, la lesión de derechos subjetivos, como lo demostrarían los delitos que protegen al medio ambiente<sup>99</sup>.

De esta forma, las posturas recién expuestas permiten advertir cómo la dogmática penal ha intentado abordar, muy *grosso modo*, las cuestiones sobre la legitimidad de los delitos de maltrato animal; sobre cuál sería su bien jurídico protegido, y respecto a quién o quiénes correspondería su titularidad. Como se ha adelantado, no es aquí donde se ahondará sobre esta cuestión –cuyo estudio se reserva, principalmente, a los capítulos tercero y quinto –, empero, esta inclusión temprana permite abrir la discusión. En el siguiente acápite, una exposición de las diversas propuestas sobre la identificación del bien jurídico protegido en estos delitos.

---

95 ROXIN, Claus (2013) “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, RECPC 15-01 (2013), p. 16.

96 *Ibid*, p. 19.

97 Particularmente, el autor refiere a los mandatos recogidos en Convenios europeos – por ejemplo, en el Convenio europeo de 1886 y en el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea – y en el Derecho constitucional alemán – particularmente, en el art. 20a de la Ley Fundamental alemana.

98 ROXIN (2013), p. 19, así como también en ROXIN, Claus (1997) *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del delito*. Trad. LUZÓN PEÑA, Diego et al. Ed. Civitas, Madrid, 1997.

99 *Ibid*. Con todo, Amelung, p. ej., critica esta postura de Roxin por cuanto, señala, compromete fuertemente la comprensión personalista del bien jurídico que el mismo Roxin defiende y que, de ser respetada, no dejaría cabida a un bien jurídico de titularidad animal. En AMELUNG, Knut (2003) “El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 236.

### **3.2. Los posibles bienes jurídicos protegidos**

Como se ha adelantado, la cuestión respecto a cuál es el bien jurídico protegido en los delitos de maltrato animal está lejos de ser pacífica, a lo que se suma que no son pocas las posturas que reclaman uno u otro valor como el protegido.

Con todo, al interior de este muy diverso abanico de posibilidades es posible realizar una primera distinción general en dos grandes grupos, según *por mor de quién* o *de qué* se ha consagrado el reproche penal o, dicho de otro modo, de qué es aquello que motiva la protección. En orden a ello, a continuación un breve estudio de los diversos posibles bienes jurídicos protegidos propuestos por la doctrina, agrupados en dos grandes ramas, según lo adelantado: una primera, que comprende aquellas posturas que encuentra la razón de la protección de los animales en una *por mor de los humanos*, y una segunda, que comprende aquellas que lo hacen en una razón *por mor de los animales mismos*<sup>100</sup>.

Cabe hacer presente que, mientras algunas de las propuestas que se revisan a continuación han sido desarrolladas por unos autores en términos amplios, es decir, pensando en la generalidad de las sanciones penales contra los malos tratos, otras han sido desarrolladas respecto de alguna tipificación penal en particular. Con todo, la discusión se repite de forma muy similar, como se verá, en los distintos ordenamientos jurídicos del orbe.

#### **3.2.1. La protección del animal por mor de los humanos**

De conformidad a lo ya visto, no son pocas las razones que el Derecho ha identificado como suficientes para penalizar los malos tratos contra los animales, siendo en una gran proporción razones inspiradas en la protección, no de los animales en sí mismos, sino de intereses humanos, correspondiendo al animal un rol de mero objeto material de la acción u omisión. En lo que sigue, se ofrece una revisión de estas posibles razones o, más específicamente, de los posibles bienes jurídicos penalmente protegidos a través de los delitos de maltrato animal, en su vertiente más antropocéntrica.

---

<sup>100</sup> En un sentido similar, Prats distingue entre teorías de talante “antropocéntrico” y teorías de talante “zoocéntrico”. En PRATS, Elena (2020) “El delito de maltrato animal en España”, en *Revista jurídica de Cataluña*, núm. 4, año 2020, Thomson Reuters.

### **a) Protección de la propiedad**

Como se ha señalado con anterioridad, el hecho de que los animales hayan sido – y sigan siendo – considerados como bienes apropiables, ha facilitado la comprensión de los delitos de maltrato en su contra como delitos de daños, atentados contra la propiedad de quien ostenta dicho derecho sobre los mismos, constituidos así en objetos materiales del delito<sup>101</sup>.

Así, y como se ha visto a lo largo del presente capítulo, éste habría sido el tratamiento penal inicial de los atentados contra los animales, es decir, el reproche de conductas que sólo habrían adquirido relevancia penal en la medida en que el animal dañado fuese de propiedad de una tercera persona, distinta del autor. Lo anterior habría sido así por cuanto, al entenderse a los animales en exclusiva como bienes muebles, afectados a un patrimonio, su titular podría realizar lo que estimase con él conveniente y no siendo, por tanto, reprochable la causación de daños en dicho contexto. Dicho de otro modo, sólo la causación de daños en animales de propiedad de un tercero podría ser punible, en tanto daño a la propiedad<sup>102</sup>.

Con todo, merced del arribo de un cambio de paradigma, sustituyéndose el del animal-máquina por el del animal como ser sensible, se habría dado inicio a la consagración de los delitos de maltrato del animal propiamente tales, bajo una nueva comprensión de éstos como seres capaces de experimentar sufrimiento. Abrochando este cambio, está el hecho de que las normas penales que lo sancionan pueden ser aplicadas, incluso, en contra de su dueño, es decir, en contra de quien ostenta un derecho de propiedad sobre el animal, quien puede ser sujeto de sanciones en caso de que ejerza malos tratos en su contra. De ello, buena cuenta da la *Martin's Act* y la *Loi Grammont*, según lo revisado.

### **b) Protección de los sentimientos y las buenas costumbres**

Como se adelantó, el arribo de la certeza sobre la sintiencia de los animales habría traído aparejada una demanda, bastante generalizada a la época, por evitar causarles sufrimientos innecesarios. De esta forma, la causación de dichos sufrimientos en los animales, no reprochable penalmente por sí misma, provocaría una afectación en los

---

101 CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta (2008) “El maltrato de animales en el Código Penal español”, en *Revista General de Derecho Penal*, 10-2008, pp. 1-31, p. 5.

102 CHIESA (2008), p. 24.

sentimientos de la ciudadanía así sensibilizada, lo que sí habría sido, en sí, reprochable penalmente<sup>103</sup>. Por otra parte, producto de la misma certeza, habría devenido también reprochable la causación de sufrimiento a los animales sobre la base de considerar tal conducta como predictora, o facilitadora, de un posible futuro ejercicio de violencia contra las personas<sup>104</sup>.

Guzmán Dalbora identifica este tipo de protección como de “tutela indirecta o antropocéntrica-estética”<sup>105</sup>, centrada tanto en los sentimientos de piedad como en las buenas costumbres, propia del pensamiento kantiano. Recoge a este respecto el autor lo propuesto por Antolisei, quien habría identificado aquí una doble *ratio* de la incriminación: por una parte, encaminada hacia la protección de los sentimientos comunes de piedad hacia los animales (en tanto seres capaces de experimentar sufrimiento) y, por otra, una razón encaminada a promover la educación del público, mediante la evitación de ejemplos de crueldad que pudieren insensibilizar a las personas contra el dolor de otros<sup>106</sup>.

Visto desde otra perspectiva y manteniéndose el factor moralizante, los delitos de maltrato animal podrían ser también interpretados como delitos de infracción de un deber, particularmente, del deber bioético de no someter a los animales a un sufrimiento innecesario<sup>107</sup>. En definitiva, como indica Requejo Conde, se trata de una concepción “pietista”, en tanto el maltrato atentaría contra sentimientos de piedad y compasión de las personas ante el sufrimiento animal<sup>108</sup>.

Empero, no son pocas las críticas que una parte importante de la doctrina dispensa a esta *ratio*. Como se verá en el capítulo tercero, la teoría del bien jurídico y los principios

---

103 En HAVA GARCÍA (2011) y HAVA GARCÍA, Esther (2021) “La tutela penal del bienestar animal”, en *De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador*, CUERDA ARNAU, María Luis (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia (2021), pp. 189-224, p. 203, en donde conceptualiza esta visión como “la teoría de los sentimientos”, en el marco de la interpretación doctrinaria de la tipificación penal llevada por la reforma del CPE de 2003.

104 BRAGE CENDÁN (2017) p. 51; RÍOS CORBACHO, José Manuel (2016) “Nuevos tiempos para el delito de maltrato de animales a la luz de la reforma del Código Penal español (LO 1/2015)”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-17 (2016), p. 2 y ss. En un sentido afín, sobre el uso de las normas anti maltrato de animales como estrategia civilizadora colonial, en DECKHA, Maneesha (2013) “Welfarist and Imperial: The Contributions of Anticruelty Laws to Civilizational Discourse”, en *American Quarterly*, September 2013, Vol. 65, No. 3, Special Issue: Species/Race/Sex (September 2013), pp. 515-548.

105 GUZMÁN DALBORA (2007), pp. 208 y ss.

106 Ibid, p. 211, que contiene cita de ANTOLISEI (1986) *Manuale di Diritto penale, Parte speciale*. 2 vols. 9º Ed. Milano, p. 511.

107 Así en HAVA GARCÍA (2009), p. 121; también como deber bioético la evitación del sufrimiento animal – en tanto interés humano –, en JAURRIETA ORTEGA (2019), “El bien jurídico protegido en el delito de maltrato animal”, en *Revista de Derecho UNED*, Núm. 24, 2019, pp. 181-202.

108 REQUEJO CONDE (2010), p. 33.

limitadores del *ius puniendi*, como p. ej. el de lesividad, riñen contundentemente la penalización de conductas que sólo pretenden proteger valores, tales como sentimientos o costumbres<sup>109</sup>. Como una forma de hacer sentido de las criminalizaciones así adoptadas, Hirsch, haciéndose eco de las críticas que apuntan a que las conductas que ofenden – exclusivamente – sentimientos, no pueden ser consideradas como dañosas en el marco ofrecido por el principio del daño<sup>110</sup>, declara admitir la criminalización de conductas que despiertan en otros sentimientos profundamente indeseados, sólo en la medida en que: a) los sentimientos sean lo suficientemente intensos y extensos, y b) que la forma de realización de las conductas llegue, efectivamente, a conocimiento de otros, siendo imposible para ellos abstraerse o ignorarlas<sup>111</sup>.

Por otra parte, resulta también dudoso un bien jurídico basado en los sentimientos cuando el tipo penal, en concreto, no exige la publicidad de la conducta ni la presencia de terceros para su perfeccionamiento, es decir, cuando se sanciona el maltrato aun cuando se realiza *intra muros*<sup>112</sup>. Asimismo, se cierne también un manto de duda sobre la legitimidad del bien jurídico “buenas costumbres” por cuanto se trataría, *grosso modo*, de un claro ejemplo de Derecho penal de autor en tanto, como indica Brage Cendán, “el reproche punitivo no recaería sobre el hecho del maltrato, sino sobre el propio maltratador (...) que lo señala como potencialmente peligroso para sus semejantes”<sup>113</sup>.

### **c) Protección del bienestar, la salud o integridad del animal como intereses humanos**

Íntimamente ligado a la *ratio* focalizada en la protección de los sentimientos humanos, se encontraría el interés, cada vez más presente en las sociedades actuales, por la protección de la salud y el bienestar animal. No se trata, por cierto, de que el bien jurídico sea el bienestar o la salud animal propiamente tales sino, más bien, lo sería el interés que tienen los seres humanos en que se dispense dicha protección.

---

109 Así en HORNLE, Tatiana (2003) “La protección de sentimientos en el StGB”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 383-399.

110 Sobre el *Harm Principle* o principio del daño, en extenso en el capítulo tercero.

111 VON HIRSCH, Andrew (2003) ‘El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”’, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 37-52.

112 Así también en GUZMÁN DALBORA (2007), p. 213

113 BRAGE CENDÁN (2017), p. 51. En el mismo sentido, CHIESA (2008), p. 33.

Guzmán Dalbora caracteriza esta posición como una versión morigerada de aquella que identificó previamente como “antropocéntrica estética”, en donde, a diferencia de aquella, se buscaría proteger la salud y el bienestar animal *qua* intereses morales de la sociedad, radicándose así, nuevamente, la *ratio* en la protección de la sensibilidad humana. Con todo, indica el autor, es una versión morigerada por cuanto, a diferencia de las posturas antropocéntrico-estéticas, aquí ya no existiría un afán educativo, civilizatorio o preventivo de futuras violencias hacia semejantes, sino sólo una ambición por la protección del bienestar animal en tanto interés humano<sup>114</sup>. En un sentido afín, Hava propone identificar la existencia de un bien jurídico de titularidad de la sociedad en su conjunto, sensibilizada en la preservación del bienestar de los animales y en la evitación de la causación injustificada de sufrimiento, un bien jurídico que, así entendido, sería de titularidad de la sociedad toda, y no de los animales<sup>115</sup>.

#### **d) Protección de los recursos naturales y del medio ambiente**

Desde una comprensión de los animales como parte integrante de la fauna y, en tanto tales, elementos ecosistémicos fundamentales, se ha propuesto por parte de la doctrina que el bien jurídico protegido en los delitos de maltrato animal no podría ser otro que la protección de los recursos naturales, del ambiente, de la naturaleza o del equilibrio ecosistémico<sup>116</sup>.

Guzmán Dalbora identifica esta postura como antropocentrista, caracterizándola como una que entiende que la fauna, como parte de la naturaleza, presta también el servicio de permitir la subsistencia humana, lo que amerita su protección penal en base a dicho interés humano de subsistencia. De esta forma, el sujeto pasivo sería uno de la sociedad toda, y

---

114 GUZMÁN DALBORA (2007), pp. 215 y ss.

115 De hecho, la autora se inclina por una identificación del bien jurídico en la *ratio* del interés en el bienestar animal, desfavoreciendo así las posturas más radicales que pretenden atribuir derechos subjetivos a los animales en tanto, estima, la cuestión relativa al estatus jurídico de los mismos excede en complejidad al Derecho penal, ya que abarca otras consideraciones jurídicas y filosóficas, en HAVA GARCÍA (2009), pp. 111 y ss.; HAVA GARCÍA (2011), y HAVA GARCÍA (2021), p. 208, en donde hace referencia también al influjo de una “nueva ética del consumidor”, refrendada en instrumentos tales como el Tratado de funcionamiento de la UE, en su artículo 13. Con todo, la autora no niega ni afirma una posible titularidad de derechos por parte de los animales, sino que, simplemente, desplaza dicha discusión hacia ámbitos más oportunos.

116 Lo que, para el caso español, se vería refrendado por una razón sistemática, dada la ubicación de la tipificación de los delitos de maltrato animal, a través de su inclusión, con la reforma de 2003, al interior del Capítulo IV del título XVI del CPE, dedicado en su versión original a los “delitos relativos a la protección de la flora y la fauna”. Así, en HAVA GARCÍA (2011) y, en una contribución más reciente, conceptualizado por la autora como “la teoría de los valores ecológicos”, en HAVA GARCÍA (2021), p. 200 y ss.

el bien jurídico, uno difuso. Con todo, el autor advierte las complejidades que enfrenta esta propuesta, en tanto resultaría verdaderamente forzado atribuir a los animales de compañía, o domesticados en general, un rol o valía ambiental<sup>117</sup>, o como indica Jaurrieta Ortega, “[...] los actos de maltrato, abandono y demás ejercidos sobre estos no tienen ningún tipo de repercusión en el equilibrio ambiental y ecológico de todo el planeta, a diferencia de lo que ocurre con los delitos contra la flora y fauna”<sup>118</sup>.

En el mismo sentido, Hirsch ve también aquí una protección de intereses personales, mas no ambientales ni tampoco de los animales por mor de sí mismos, como única explicación razonable, por cuanto una comprensión contraria excedería, a su juicio, los límites impuestos tanto por el *harm principle* como por el bien jurídico. Así, enfatiza, “no puede decirse, en caso alguno, que con ello se proteja un derecho de una o más ballenas a la integridad física o a la continuidad de su existencia”<sup>119</sup>. Por último, pierde también fuerza esta propuesta al advertirse que, en muchas ocasiones, se permite el sacrificio o eliminación de animales en aras de la protección medioambiental, lo que haría de esta postura un total sinsentido<sup>120</sup>.

### **3.2.2. La protección del animal por mor de sí mismo: salud o integridad como intereses propios**

A diferencia de las posturas recién revisadas, en este segundo grupo encontramos propuestas que, en términos generales, tienen en común el afán por favorecer un bien jurídico protegido de titularidad del animal, como podría ser, v.g., su salud, su integridad física y psíquica, o su bienestar.

Guzmán Dalbora describe esta postura como la más radical de todas, identificándola como una que sienta sus bases en el reconocimiento de los animales como poseedores de derechos – al menos en sentido moral – y, en tanto tales, como titulares de bienes jurídicos, lo que les permitiría devenir en posibles sujetos pasivos de delitos. Para el autor, la *ratio* de la protección sería, en definitiva, la protección de dichos derechos. Con todo, estima

---

117 GUZMÁN DALBORA (2007), pp. 226 y ss.

118 en JAURRIETA ORTEGA (2019), p. 186.

119 VON HIRSCH (2003), p. 51.

120 También, evidenciando los choques entre la sanción del maltrato animal – dirigida al animal individualmente considerado – y la protección ecosistémica, en MORELLE HUNGRÍA, Esteban (2021) “El bienestar animal frente al equilibrio ecológico desde el derecho penal: el caso de la eliminación de cabras en Es Vedrà (Eivissa)”, en *De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador*, CUERDA ARNAU, María Luis (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia (2021), pp. 333-369.



que adolece esta postura de una inconsistencia basal en tanto soslaya la, a su juicio, natural – e inevitable – consecuencia de que tal personificación animal habría de importar no sólo la subjetividad pasiva, sino que también necesariamente la activa como consecuencia lógica, provocando una contradicción ingénita en su seno<sup>121</sup>.

Brage Cendán, favoreciendo esta postura, responde a la crítica de Guzmán Dalbora recordando que igual cosa ocurre con los menores de edad, quienes son titulares de derechos y sujetos pasivos de delitos sin necesidad de ser, a su vez, titulares de obligaciones, y sin tener posibilidad alguna de constituirse en sujetos activos punibles, pudiendo, además, ser siempre representados en el ejercicio de sus derechos. De esta forma, defiende que lo protegido en la tipificación de los delitos de maltrato no es otra cosa que ciertos derechos subjetivos de los animales, tales como el derecho a la vida, la integridad y la dignidad<sup>122</sup>. Chiesa, en una línea similar, afirma que lo protegido son los intereses de los animales que fluyen de su capacidad de sintiencia, esto es, de experimentar sufrimiento<sup>123</sup>, todo lo que se vería concretado, como indica Cervelló, en un “objeto de tutela autónomo y cada vez menos dependiente de los seres humanos”<sup>124</sup>.

## Conclusión

En el presente capítulo he abordado el marco teórico y las bases histórico-jurídicas del tratamiento que, tanto el Derecho en general, como el Derecho penal en particular, han dispensado y dispensan a los animales no humanos, haciendo especial foco en los delitos relativos a su daño o maltrato.

En dicha exploración, se ha demostrado que el tratamiento de los animales ha sido, y sigue siendo, uno marcado por la dualidad, en tanto vistos y considerados como objetos, bienes apropiables imprescindibles para la economía y para la satisfacción de ciertas

---

121 GUZMÁN DALBORA (2007), pp. 219 y ss. En el mismo sentido, reivindicando la improcedencia de la consideración de los animales como titulares de derechos subjetivos por encontrarse éstos imposibilitados para ejercerlos, BAUCCELLS LLADÓS, Joan (2004) “Comentarios a los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.), Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Barcelona, 2004.

122 BRAGE CENDÁN (2017), p. 55. En el mismo sentido, GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora y LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen (2013) “Los delitos contra la flora, la fauna y los animales domésticos. Análisis doctrinal y jurisprudencial, con referencia a la reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 15-11 (2013); RÍOS CORBACHO (2016) y PRATS (2020).

123 CHIESA (2008), pp. 37 y ss.

124 CERVELLÓ DONDERIS (2021), p. 85.

necesidades humanas, a la vez que como objetos – o incluso sujetos – de protección, en tanto seres capaces de experimentar dolor y sufrimiento.

Lo anterior ha quedado claramente evidenciado en el análisis histórico y comparado llevado a cabo respecto de tres periodos de evolución en el tratamiento penal de los animales. Así, se ha revisado primeramente el periodo identificado como Derecho penal romano (hasta el siglo V, d.C.), época en que los animales habrían sido considerados como *objetos materiales* de diversos delitos contra la propiedad, a la vez que *sujetos activos no punibles* de delitos, respecto de cuyos hechos habría de responder su dueño a través de acciones específicamente contempladas al efecto – misma situación en la que se habrían encontrado los esclavos a la época –; en segundo lugar, el periodo identificado como Derecho penal medieval y moderno (desde el siglo V hasta el XVII), en donde los animales, siempre como *objetos materiales*, ostentaron también el rol de *sujetos activos punibles*, como ha quedado en evidencia de la revisión de los juicios seculares y eclesiásticos seguidos en su contra para, finalmente y en tercer lugar, revisar la situación del periodo que identifico como Derecho penal contemporáneo (desde el siglo XVII a la actualidad), en donde los animales han adquirido el rol, además de *objeto material*, de *objeto de protección*, principalmente producto de la certeza respecto a su capacidad de sintiencia y del, consiguiente, nacimiento de los tipos penales de maltrato animal.

En la misma línea, he examinado – aunque sólo de forma introductoria, por cuanto será materia de una revisión más exhaustiva en el capítulo tercero – la cuestión relativa al bien jurídico protegido en este tipo de delitos, exponiendo las diversas y principales propuestas ofrecidas por la doctrina para explicar dicha decisión de criminalización. De entre las diversas posiciones, he distinguido dos grupos: en primer lugar, aquellas que identifican una *ratio* de criminalización *por mor de los humanos*, entre las que se encontrarían como bienes jurídicos protegidos la propiedad, los sentimientos y las buenas costumbres, el ambiente y, finalmente, el bienestar del animal como interés humano; mientras que en segundo lugar, aquellas propuestas que privilegian una *ratio* de penalización *por mor de los animales en sí mismos*, cuál sería el caso de un bien jurídico compuesto por el interés de éstos en su bienestar, salud o integridad.

En el capítulo siguiente, se procederá al estudio y análisis, tanto histórico como conceptual, de la categoría jurídico-penal de víctima, a efectos de dilucidar si el concepto de víctima imperante, tanto en la dogmática como en la legislación vigente, se exhibe lo suficientemente flexible como para acoger a su interior a los animales no humanos.



# CAPÍTULO SEGUNDO: EL ESTATUS DE VÍCTIMA COMO CATEGORÍA JURÍDICO-PENAL

## Introducción

En el capítulo anterior he explorado los diversos roles que los animales no-humanos han habitado, a lo largo de siglos de historia, en materia penal. En el presente abordaré, particularmente, la posibilidad de atribuir hoy el estatus jurídico-penal de víctima a los animales, ello tanto en términos generales como, más concretamente, respecto de los tipos penales que sancionan el maltrato animal, como son los contemplados en los artículos 291 bis y ter del Código Penal chileno, y en los artículos 337 y siguientes de su par español.

Para ello, resulta imprescindible esclarecer si el concepto de víctima imperante, tanto en la doctrina como en la legislación vigente, son lo suficientemente flexibles para acoger a su interior a los animales, tarea que, al menos en principio, parece compleja en tanto, como avancé en el capítulo anterior, el animal no humano pareciera sólo poder ocupar, hoy por hoy, la categoría dogmático-penal de *objeto material* o, a lo sumo, de *objeto de protección*.

De esta forma, a efectos de abordar la cuestión así planteada, en lo que sigue se analizará el estatus de víctima, partiendo por su origen etimológico, conceptualización y usos más generales, para luego analizar el concepto de víctima en materia penal. Como corolario de este análisis, se determinarán cuáles serían las condiciones necesarias y suficientes que habría de cumplir una determinada entidad a efectos de poder ostentar el estatus de víctima para, finalmente, responder a la pregunta respecto a si los animales – y si ello es así, qué tipo de animales – exhibirían la capacidad de satisfacer dichas condiciones, para lo que, como se verá, resultará fundamental el recurso a la capacidad de *sintiencia*.

## 1. Origen etimológico y concepto general del término víctima

La palabra “víctima” ha tenido diferentes significados a lo largo de la historia. Como se verá, su uso ha pasado desde uno inicialmente ritual o religioso a uno más general y

variable, para, finalmente, adquirir un sentido más específico y distintivo, propio del contexto jurídico-penal.

Originalmente, la expresión “víctima” habría exhibido un contenido eminentemente devoto, indicativo del ser vivo sacrificado en beneficio, alabanza o ruego hacia alguna deidad, siempre en cumplimiento de algún rito. En su raíz etimológica, el término provendría de la voz latina “*victimae*”, indicativa de un sujeto (animal, humano o no-humano) entregado en sacrificio ritual. Conjuntamente, es posible encontrar registros que darían cuenta de un posible origen común con la voz “*vinciri*”, la que habría de ser entendida, más específicamente, como una que refiriere sólo a los animales no-humanos entregados en sacrificio a los dioses<sup>125</sup>. Correa y Fernández agregan que la voz latina provendría, a su vez, de la aún más pretérita voz indoeuropea “*wik-tima*”, indicativa de “el consagrado o el escogido”, siendo “*wik*” un derivado del verbo “*weik*”, que admitiría ser traducido como “escoger” o “separar”<sup>126</sup>. Así entonces, y como apunta Arias,

“la noción etimológica de la víctima se encuentra estrechamente vinculada a la idea de un animal o ser humano destinado al acto de sacrificio, el que sufre o padece daño o dolor, debido a los intereses o pasiones de otro”<sup>127</sup>.

Feinberg, tomando como ejemplo los sacrificios humanos realizados por el pueblo Azteca, hace hincapié en el título honorífico que habría significado el constituirse en víctima – al menos, en la articulación inicial del concepto –, poniendo de relieve el privilegio que habría supuesto para el individuo sometido<sup>128</sup>. Así entendida entonces, la victimización supondría un “favorecimiento”, una especie de beneficio u honor para quien es victimizado.

El Diccionario de la Real Academia Española (RAE), por su parte, define el término atribuyéndole cinco acepciones, a saber

“1. f. Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio. 2. f. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra. 3. f. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa

---

125 MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro (2011) “La victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal”, en *Revista Prolegómenos – derechos y Valores*. Vol. XIV, núm. 27, enero – junio, 2011. pp. 27-42.

126 CORREA BLÁZQUEZ, Magdalena y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Baltasar (2016) “La construcción del mito de la víctima aceptable”, en *Revista de Victimología*, N. 4/2016, pp. 31-52.

127 ARIAS MARIÁN, Alán (2012) “Teoría crítica y derechos humanos: hacia un concepto crítico de víctima”, en *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*. 36 (2012.4). EMUI Euro-Mediterranean University Institute / Universidad Complutense de Madrid.

128 FEINBERG, Joel (1984) *Harm to Others. The Moral Limits of Criminal Law*. Oxford University Press. New York. p. 117.

fortuita. 4. f. Persona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito. 5. f. Der. Persona que padece las consecuencias dañosas de un delito”<sup>129</sup>.

Las acepciones ofrecidas por la RAE recién transcritas, dejan ver un tránsito de la noción de víctima desde una inicialmente beneficiosa (acepciones 1 y 2), hacia otra tendencialmente negativa o no querida (acepciones 3, 4 y 5). En efecto, de su lectura es posible advertir que las acepciones primera y segunda mantienen un contenido sacralizante, ritualista o, más precisamente, concerniente a un abandono voluntario a la victimización, mientras que a partir de la acepción tercera el término pasa a expresar una categorización no deseada, reservada para quien padece un daño u otro tipo de consecuencia negativa a causa de la acción u omisión, dolosa o culposa de un tercero, o del caso fortuito. La quinta acepción, finalmente, se corresponde específicamente con la categoría jurídico-penal de víctima que aquí convoca.

Naturalmente, en este último contexto, el jurídico-penal, la noción de víctima ha también transitado por distintas etapas. A continuación, una breve exploración de dicho tránsito.

## **2. Evolución histórica de la categoría jurídico-penal de víctima**

Siguiendo la distinción sugerida por Márquez Cárdenas<sup>130</sup>, en el ámbito del Derecho penal es posible reconocer tres etapas relativas al tratamiento de la víctima: el protagonismo, la neutralización y el redescubrimiento<sup>131</sup>.

En la etapa más primitiva, la del protagonismo, previa al nacimiento del Estado moderno – es decir, anterior al influjo de la potencia teórica del contractualismo<sup>132</sup> – el delito habría sido entendido como un conflicto entre individuos, cuyas consecuencias habrían de ser, por tanto, resueltas entre los involucrados de manera particular, sin intervención estatal alguna. Aquí, tanto la víctima como sus familiares ostentaban un rol protagónico como

---

129 Diccionario de la Real Academia Española, Recurso electrónico disponible en <https://dle.rae.es/v%C3%ADctima?m=form>.

130 MÁRQUEZ CÁRDENAS (2011).

131 Sobre la evolución histórica del tratamiento de la víctima, en extenso también en HERRERA MORENO, Myriam (2006) “Historia de la Victimología”, en *Manual de Victimología*; BACA, Enrique; ECHEBURÚA, Enrique, TAMARIT, Jesús María (Coords). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 51-78.

132 Sobre la influencia del contractualismo político en la pérdida de protagonismo de la víctima, véase ESSER, Albin (1998) “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima”. Traducción española, realizada por Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid) del texto "*Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen*", al libro en homenaje de Ernst-Joachim Mestmäcker (Nomos-Verlag, Baden- Baden, 1996). En cuaderno de Conferencias y Artículos N° 18, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, 1998.

promotores de su propia composición, ello a través de – entre otras, pero principalmente – acciones de venganza, gozando de amplísimas facultades al efecto<sup>133</sup>.

Con el nacimiento del Estado moderno, la conceptualización de la víctima cambiaría de manera radical. El delito ya no se correspondería con la anterior comprensión de conflicto entre privados sino, más bien, como uno entre el autor del injusto y la sociedad organizada, es decir, entre autor y Estado, verificándose con ello una neutralización del primitivo poder y prerrogativas de la víctima. Es en este sentido en que Foucault identifica lo que podría entenderse como “un nuevo entendimiento del autor del crimen”, en el sentido de que “el criminal es aquel que damnifica, perturba la sociedad. El criminal es el enemigo social”<sup>134</sup>, asentando así, en base a los trabajos de Rousseau, una identificación entre crimen y ruptura de pacto social como nociones idénticas, dando sustento a la idea de que el “criminal” es quien rompe un pacto teóricamente establecido con la sociedad, mas no con la víctima individualmente agraviada<sup>135</sup>.

En un sentido afín, Mañalich apunta a que el Derecho penal moderno, y su característica monopolización del uso de violencia por parte del Estado, habría neutralizado a la víctima, aplacando sus posibilidades de actuación como agente de venganza privada, todo lo que se correspondería, además, con la aparición contemporánea de la noción de “lesión del bien jurídico” como definitoria del injusto penal. Así, la idea del bien jurídico lesionado – cuya aparición daría por superada la primitiva concepción del delito como “lesión de derecho subjetivo”, postulada y defendida por Feuerbach, como se verá más adelante –, habría producido la “desindividualización” del injusto penal, mediante la “objetivación” de la víctima a través del concepto de bien jurídico<sup>136</sup>.

Como se verá en mayor detalle en el capítulo tercero, esta visión clásico-liberal del Derecho penal, enfocada en el bien jurídico, es una que entiende que la pena y la amenaza de ésta se encuentran legitimadas sólo en función de la protección de bienes jurídicos, y que su intervención será legítima sólo en la medida en que resultase el único medio idóneo,

---

133 SALINERO, Sebastián (2013) “La génesis de la víctima en Chile”. Ponencia en *Seminario La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica*, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2013.

134 FOUCAULT, Michel (1978) *La verdad y las formas jurídicas*. Trad. LYNCH, Enrique. Editorial Gedisa, Barcelona, 1996, p. 83.

135 *Ibid.*

136 MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2014a) “El Derecho penal de la víctima”, en *Revista Derecho y Humanidades*. N° 10, 2014, pp. 253-283.

necesario y proporcional para su adecuada protección<sup>137</sup>. Como consecuencia de esta visión, la víctima habría pasado a ser, según Hassemer, “sólo una condición que posibilita la delimitación sistemática del “bien” o “interés” digno de protección”<sup>138</sup>, relevante, tan sólo, como medio de prueba testimonial y como agente informativo de la *noticia criminis*<sup>139</sup>, un rol considerablemente distinto al protagónico que ostentare primitivamente.

En el mismo sentido, Esser advierte que con el surgimiento de la teoría del bien jurídico se habría producido una “desatención a la víctima”, por lo que la describe como una, más bien, “víctima de la dogmática de la teoría del delito”<sup>140</sup>. Como sugieren Hassemer y Muñoz Conde, el Derecho penal habría dejado de depender de la víctima para su impulso y, en más, prescinde casi totalmente de su voluntad. El control del delito y la sanción penal pasan, así, a ser de competencia exclusiva del Estado, y los sistemas penales se orientan, de manera casi absoluta, hacia el autor<sup>141</sup>, relegando a la víctima a una posición meramente simbólica.

En consecuencia, nace y se consagra así el principio de “neutralización de la víctima”, con el que se quiso expresar, según apunta de Díez Ripollés,

“que las víctimas deben de tener una capacidad de intervención en la reacción penal lo suficientemente limitada como para no condicionar los intereses públicos que en ella se están sustancialmente dilucidando”<sup>142</sup>.

Como resultado, se consolida la “objetivación” de la víctima<sup>143</sup>, su anonimidad detrás del bien jurídico, lo que en palabras de Bovino se habría consagrado a través de la idea de que “el bien jurídico no es más que la *víctima objetivada* en el tipo penal”<sup>144</sup>, lo que habría devenido en una drástica exclusión de su opinión y de su voluntad, al punto de prohibirle,

---

137 HASSEMER, Winfried (1983) “Consideraciones sobre la víctima del delito”. *Estudios a V. Klug en su 70 aniversario*, p. 217-455. Traducción Rocío Cantero Bandres. Universidad de Salamanca.

138 HASSEMER (1983) p. 246.

139 Así también, CASTRO JOFRÉ, Javier (2004) “La víctima y el querellante en la reforma procesal penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXV*. Valparaíso, Chile, 2004. p. 127-141.

140 ESSER (1998).

141 HASSERMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco (2012) *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*. Ed. Tirant lo Blanch, 2012, Valencia, España.

142 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2004) “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 06-03 (2004) p. 9.

143 Así en MAIER, Julio (1992) “La víctima y el sistema penal”, en *De los delitos y las víctimas*, Vol. colectivo. Compilador MAIER Julio, Ed. BOVINO, Alberto y PASTOR, Daniel. AD-HOC S.R.L. Buenos Aires, Argentina. pp. 153-250.

144 BOVINO, Alberto (1998) “La participación de la víctima en el procedimiento penal”, en *Problemas del derecho penal contemporáneo*, Vol. colectivo. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina. pp. 87-118.



incluso, disponer de ciertos bienes jurídicos de su propia titularidad. Así, pasa a ser el Derecho, a través de un juicio objetivo y externo, el que determina de forma excluyente cuándo un individuo ha sido lesionado<sup>145</sup>.

Con todo, y no descartándose la vigencia del bien jurídico como elemento central del sistema penal, desde hace algunas décadas y de mano del fenómeno conocido como “la expansión del Derecho penal”, se ha dado inicio a ciertos pujos por un “redescubrimiento” o “recuperación” de la víctima. En efecto, tanto por influjo de corrientes que pretenden introducir mayores niveles de reparación y protección a las víctimas, como por el de otras que, contrariamente, proponen la incorporación de criterios victimodogmáticos *qua* criterios de imputación<sup>146</sup>, y que apuntan a relevar el debate respecto al *merecimiento* de pena por parte del autor del delito<sup>147</sup>, la figura de la víctima ha comenzado a recuperar un protagonismo impensado, aunque sin alcanzar los niveles de participación y relevancia propios de la etapa de antaño.

En base a lo recién señalado es posible reconocer, entonces, dos momentos en el redescubrimiento de la víctima: el primero, conducido por la victimología y la victimodogmática, ésta última especialmente reconocida como una corriente “poco favorable” a la víctima y, en cierta medida, *pro reo*, y un segundo momento, marcado por el interés en un mayor reconocimiento a la figura de la víctima y el favorecimiento de una mayor participación, una mayor reparación y de la adscripción de más derechos en el contexto del proceso penal.

Así, el primer momento, el de la victimología, habría surgido a partir de los años 40 del siglo XX como un apéndice de la criminología<sup>148</sup>. Según Hassemer y Muñoz Conde, la victimología sería “la ciencia que se ocupa de agrupar y sistematizar el saber empírico sobre la víctima del delito”<sup>149</sup>, la cual se desarrolló, en buena parte, gracias a los célebres y fundantes trabajos de Von Hentig<sup>150</sup>, y Mendelson<sup>151</sup>. Tamarit, por su parte, define la victimología como

---

145 BOVINO (1998). En el mismo sentido, CASTRO JOFRÉ (2004).

146 Así descrito en MAÑALICH RAFFO (2014a).

147 HASSERMER (1983).

148 Definida por Hassemer y Muñoz Conde como el “conjunto de las teorías criminológicas sobre el autor del delito, el delito mismo y los procesos de criminalización”, en HASSERMER y MUÑOZ CONDE (2012).

149 *Ibid.*

150 VON HENTIG, Hans (1948) *The Criminal & His Victim: Studies in the Sociobiology of Crime*. Yale University Press. California.

151 Sobre Mendelsohn y su aporte a la victimología, en MÁRQUES CÁRDENAS (2011).

“la ciencia multidisciplinar que se ocupa del conocimiento relativo a los procesos de victimación y desvictimación. Conciernen pues a la victimología el estudio del modo en que una persona deviene víctima, de las diversas dimensiones de la victimación (primaria, secundaria y terciaria), y de las estrategias de reducción y prevención de la misma, así como del conjunto de respuestas sociales, jurídicas y asistenciales, tendientes a la reparación y reintegración social de la víctima”<sup>152</sup>.

Por otra parte, la victimología habría también develado una eventual estrecha relación entre autor y víctima, advirtiendo que, en no pocas ocasiones, esta última no sólo contribuiría, sino que también propiciaría la comisión del hecho delictivo<sup>153</sup>. Así nace, como rama específica de la victimología, la “victimodogmática”, explicada por Hassemer y Muñoz Conde como aquella disciplina con la que se pretende lograr

“[...] una interpretación restrictiva de los tipos penales y, en consecuencia, una exclusión o por lo menos atenuación de la responsabilidad del autor, cuando al desencadenamiento del hecho ha contribuido la propia víctima con su conducta provocando o facilitando la comisión del delito”<sup>154</sup>.

El segundo momento, a su turno, admite ser identificado como una respuesta a la victimodogmática y a sus posiciones, para muchos controvertidas en tanto estigmatizadoras y generadoras de una victimización secundaria<sup>155</sup>. Así, surgen de mano de movimientos sociales y de agrupaciones de víctimas, con mayor fuerza a partir de los años 60 y 70, posiciones reivindicativas o promocionales del papel de la víctima, que abogan tanto por un mayor reconocimiento como por unas mayores posibilidades de intervención en el proceso penal, además de perseguir el favorecimiento de una redefinición del delito como un daño causado a las víctimas, y no al Estado. Dicho de otro modo, lo que aquí se pretendería no sería otra cosa que lograr superar la comprensión moderna del injusto como afectación a un bien jurídico para<sup>156</sup>, en palabras de Salinero,

---

152 TAMARIT SUMALLA, Josep María (2006) “La Victimología: Cuestiones conceptuales y metodológicas”, en *Manual de Victimología*; BACA, Enrique; ECHEBURÚA, Enrique, y TAMARIT, Josep María (Coords). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 17.

153 JIMÉNEZ AZÚA, María Angélica (2013) “Posiciones de la criminología respecto a la víctima en la justicia penal”, ponencia en *Seminario La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica*, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2013.

154 HASSERMER y MUÑOZ CONDE (2012), p. 157.

155 Lo que sería así, especialmente, frente a colectivos históricamente vulnerados y victimizados como las mujeres, los migrantes, las personas pertenecientes a estratos socio económicos mayormente precarizados, las personas pertenecientes a la comunidad LGTB, entre otros. Con mayor profundidad, en JIMÉNEZ AZÚA (2013).

156 En detalle, en JIMÉNEZ AZÚA (2013).

“dar el paso desde la indiferencia hacia la deferencia” en el tratamiento penal de la víctima<sup>157</sup>.

Lo anterior ha dado origen, a su vez, y principalmente a partir de los años 80 del siglo pasado, al surgimiento de políticas criminales que propugnan pasar de la relación penal entre Estado y autor, basado en el así identificado “modelo garantista”, a otra en que la víctima recupere su primitivo protagonismo y pase a gozar de un similar nivel de participación procesal, de garantías, derechos y protección que aquellos de los que gozan los imputados, abogando, además, por una restricción a los derechos y garantías de éstos<sup>158</sup>.

En general, dichas propuestas se acompañan por demandas de aumento punitivo y por doctrinas conocidas como de “tolerancia cero”<sup>159</sup>, o de “ley y orden”<sup>160</sup>, todas iniciativas de corte conservador que, en gran medida, resultan disonantes con un Derecho penal y unas políticas criminales propias de un Estado de Derecho moderno, lo que las hace en extremo polémicas. En efecto, se trataría de corrientes que atentan profundamente contra derechos fundamentales irrenunciables, reconocidos tanto a nivel constitucional como supranacional (a través de su consagración en diversos tratados sobre derechos humanos). Todo lo anterior, por cierto, acompañado y favorecido por una creciente instrumentalización del Derecho penal para el logro de fines políticos, principalmente electorales<sup>161</sup>, conteste con aquello que Díez Ripollés identifica como las tendencias expansivas del Derecho penal en su vertiente “intensiva”<sup>162</sup>.

---

157 SALINERO (2013).

158 Al respecto, un análisis de la situación chilena en DUCE, Mauricio (2013) “La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica”. A su turno, desde una perspectiva crítica hacia el discurso de los derechos de las víctimas, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (2013) “El renacimiento político-criminal de la víctima: una buena idea con desarrollos problemáticos”. Ambos en *Seminario La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica*, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2013.

159 Al respecto, véase HASSERMER y MUÑOZ CONDE (2012).

160 ORTIZ DE URBINA GIMENO (2013).

161 Una postura radical, que propone incluso renombrar al delito como “victimación”, argumentando que el contenido del injusto penal no viola un bien jurídico, sino los derechos subjetivos de personas concretas – revisitando a Feuerbach, como se verá – en BERISTAIN, Antonio (2004) “Teología, ética y ciencia penal victimológicas: el ciervo de Yahvé, clave del cristianismo”. Ponencia inaugural de la Sociedad Española de Victimología, 2004. En un sentido un tanto menos radical, pero que aboga igualmente por un mayor protagonismo de las víctimas y por una comprensión del delito como un “conflicto interpersonal”, y no entre autor y Estado, en SAMPEDRO – ARRUBLA, Julio Andrés (2008) “Apuntes para una rehumanización de la justicia penal: en busca de un modelo re-creativo del sistema penal de las víctimas”, en *Vnuversitas, ucls*. Bogotá, Colombia, N° 116: pp.153-172, julio-diciembre 2008.

162 La distinción, así propuesta por el autor, favorece el reconocimiento de dos vertientes distintas al interior del fenómeno de la expansión del Derecho penal, fenómeno al que entiende, en términos generales, como una ampliación de los contenidos del Derecho penal sobre la base de atender a nuevas realidades delictivas. Por una parte, identifica una expansión extensiva, que pretende atender

Con todo y en paralelo, han surgido también iniciativas que, desde un foco situado en los derechos de las víctimas y en la necesidad de dotarles de un mayor protagonismo y no – al menos, no necesariamente – cuestionando las garantías que protegen a los eventuales autores del injusto, abogan por una mayor participación de aquellas en el proceso penal a través de instancias de negociación o mediación, algo que algunos autores han identificado como una suerte de “privatización del derecho penal”<sup>163</sup>. Silva Sánchez, en particular, entiende el fenómeno recién descrito como una “identificación social con la víctima”, fenómeno que conduciría, entre otras cosas, a “entender la propia institución de la pena como mecanismo de ayuda a la superación por parte de la víctima del trauma generado por el delito”, a razón de que la propia “sociedad no ha sido capaz de evitarle a la víctima el trauma causado por el delito”. Así, la sociedad organizada *le debe*, a la víctima, el castigo del autor<sup>164</sup>.

Una distinta orientación pareciera tener la introducción de modelos de “justicia restaurativa”, definidos como “cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”<sup>165</sup>. Se trata, más que de meras tendencias, de nuevas formas de composición que han alcanzado no sólo valorización doctrinaria<sup>166</sup>, sino que incluso implementación jurídico-positiva<sup>167</sup>.

---

a las nuevas formas de criminalidad inherentes a la sociedad globalizada y tecnológica (nuevos escenarios, nuevos delitos), mientras que, por otra, identifica una expansión intensiva, concentrada en el incremento de la punición de ciertos tipos de delincuencia clásica, ya contemplada en los catálogos de delitos existentes, y que dicen relación con la delincuencia que afecta bienes jurídicos de carácter individual. En detalle en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2006) “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, enero-junio 2006, N° 69. pp. 198-248.

163 HASSERMER (1983). También HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2003) *Derecho Procesal penal chileno*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003.

164 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2001) *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª Ed. Civitas Ediciones, 2001, Madrid, p. 55. Una postura diversa y profundamente crítica sobre la idea de un derecho al castigo de la víctima, lúcidamente en GIL GIL, Alicia (2016) “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, octubre de 2016.

165 SUBIJANA ZUNZUNEGUI, José Ignacio (2017) “El modelo de justicia restaurativa tras la ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 13/2017, Bilbao, pp 139-175, p. 145.

166 Por ejemplo, para el caso chileno, véase CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2019) “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile. Una propuesta de lege ferenda”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 25, N° 1, 2019, pp. 415-438. Universidad de Talca – Facultad de Ciencias Jurídicas.

167 En el ordenamiento jurídico español, el artículo 15.1 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (LEVD) dispone que las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

En palabras de Subijana, los modelos de justicia restaurativa versan sobre la pretensión de “conceder a las partes la opción de habilitar un espacio de comunicación dentro del proceso para atender, entender, comprender y solucionar”<sup>168</sup>, de manera de crear, en el marco del sistema penal, “un espacio de comunicación en que las personas puedan trasladar las inquietudes que el conflicto ha suscitado en ellas para que, desde las mismas, sean ellas las que, con los apoyos ofrecidos por los facilitadores, expongan sus intereses y, desde ahí, construyan, en un caso, una respuesta que pacifique el conflicto”<sup>169</sup>.

Aquí, por tanto, no se trata de la provisión de un mayor protagonismo a la víctima a través del reconocimiento de un “derecho al castigo” del autor del delito, sino de la introducción de nuevas formas de resolución de los conflictos penales, dotadas de ventajas que, como indica Carnevali, resultan favorables tanto “desde la perspectiva de la víctima y su reparación, así como por el impacto que tendría respecto del autor, pues al no imponerse en propiedad una pena, puede haber respecto de aquél un mayor efecto preventivo especial”<sup>170</sup>. Todo ello, por cierto, cuando así lo permita, expresamente, el propio sistema jurídico-penal.

### **3. El concepto de víctima en la doctrina penal**

#### **3.1. La desambiguación de la víctima penal**

Como se adelantó, conforme ha evolucionado históricamente el Derecho penal, el concepto de víctima ha experimentado también, a su turno, un desarrollo no menos rico y complejo, en el que se entremezclan las comprensiones más generales – como las vistas *supra* – con la estrictamente penales.

Por ejemplo, la Sociedad Española de Victimología favorece un concepto único de víctima, pluricomprendivo, definiéndola como

- 
1. el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que se deriva su responsabilidad;
  2. la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer su cumplimiento;
  3. el infractor haya prestado su consentimiento;
  4. el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima y
  5. no esté prohibida por la Ley para el delito cometido.

168 SUBIJANA ZUNZUNEGUI (2017) p. 144.

169 *Ibid.*, p. 141.

170 CARNEVALI RODRIGUEZ (2019) p. 416.

“toda persona que haya sufrido personalmente, de modo directo o indirecto, las consecuencias de un hecho delictivo, haya sido declarada formalmente o no como tal la existencia del mismo por parte de un órgano jurisdiccional [...] en un sentido más extenso, también son consideradas víctimas las personas que hayan sufrido los efectos de la guerra, enfrentamiento armado, catástrofe natural o accidente”<sup>171</sup>.

En cambio, otros autores han perseguido diferenciar el concepto de víctima, entendido en términos generales, del concepto de víctima en estricto sentido penal. Carrasco Andrino arroja luz sobre la cuestión ofreciendo una visión panorámica de la víctima, la que descansa sobre una distinción conceptual tripartita<sup>172</sup>.

Así, la autora distingue un primer concepto, correspondiente a una comprensión del término en general, o “extrapenal”, y que refiere a un individuo o grupo de personas que sufre un daño por vía de acción u omisión, propia o ajena, o por causa fortuita. El segundo concepto, a su turno, se vincularía con aquello que la autora denomina “de configuración victimológica criminal”, indicativo del individuo o grupo de individuos que experimentan un daño como consecuencia de una conducta antisocial, ya sea propia o ajena, e independientemente de ser ellos, o no, titulares de los intereses jurídicamente protegidos que hubieren sido afectados. Finalmente, en tercer lugar se encontraría el concepto más acotado, la noción jurídico-penal de víctima, identificable con el sujeto pasivo del delito, titular del interés – o del derecho – jurídico-penalmente protegido<sup>173</sup>.

En una línea similar, Feinberg desambigua el concepto de víctima penal distinguiendo, también, tres usos del concepto general de víctima<sup>174</sup>. El primero de ellos, religioso, vendría dado por su uso en las primeras traducciones (al inglés) de la Biblia, verificadas por los remenses. Los otros dos sentidos, secularizados, se corresponderían con dos nuevos grupos de significaciones. El primero de éstos, más amplio, referiría a aquella persona que sufre cualquier tipo de infortunio serio (no sólo muerte o enfermedad); o que sufre un tratamiento cruel u opresivo de parte de otra persona o que, en términos aún más generales, atraviesa cualquier situación dura o compleja. Así entendida, esta noción de

---

171 En CARRASCO ANDRINO, María del Mar (2019) “Víctima, sujeto pasivo y perjudicado por el delito”. Trabajo realizado en el marco del Proyecto «*Víctimas de delitos: modelos de actuación integral*» (DER2016- 77228-P), del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia 2016-2019, en cuya financiación participan el Fondo Social Europeo y la Agencia Estatal de Investigación.

172 CARRASCO ANDRINO (2019).

173 Si bien la autora aquí identifica a la víctima jurídico-penal como el sujeto pasivo, a lo largo de su trabajo desambigua ambas nociones, distinguiéndolas, como se explicitará más adelante.

174 FEINBERG (1984). p. 117.

víctima permitiría describir a las víctimas de regímenes totalitarios, de guerra y de desastres naturales, entre otras posibles fuentes de victimización, en tanto comprende a todo quien sufre cualquier tipo de daño, por cualquier tipo de causa. El segundo concepto secularizado, más específico, referiría a aquel que los antiguos diccionarios de habla inglesa habrían descrito como “la persona que ha sido dañada a través de una acción fraudulenta”, es decir, que ha sido perjudicada a través de algún tipo de engaño. Aquí, apunta Feinberg, ser victimizado implicaría serlo, necesariamente, de mano de otro (excluyendo la auto-victimización o la victimización por acciones de otro respecto de las cuales se ha consentido a cabalidad). Desde una perspectiva consistente con su teoría, según se verá más adelante en el siguiente capítulo, Feinberg afirma que “a person cannot be a victim unless he has been *wronged*”<sup>175</sup>.

Arias, por su parte, aquilata también una doble dimensión del concepto: en primer lugar, un sentido amplio que reposa sobre la idea de un “sujeto afectado por violencia violatoria de su dignidad humana”; reservando un segundo sentido al ámbito específico del Derecho penal, en donde identifica a la víctima con el “sujeto pasivo de la realización de algún delito y, por tanto, de una violación de derecho”<sup>176</sup>. De manera más específica, el autor pone de relieve, como rasgos decisivos de una definición jurídica de víctima, la presencia de los elementos “sufrimiento” e injusticia”<sup>177</sup>.

También Hassemer y Muñoz Conde, en un sentido amplio o extrapenal, entienden por “víctima” a “quien padece un mal muy grave y probablemente inesperado, aunque sea fortuito y puramente natural”<sup>178</sup>; mientras que para el ámbito jurídico-penal definen el término en cuestión como “quien ha sufrido un mal causado de forma injusta por otra persona”<sup>179</sup>. Según los autores, la última acepción abarca de buena manera a aquellas víctimas de delitos que afectan a bienes jurídicos personales o individuales (tales como la vida, la integridad moral y física, la intimidad, la libertad e indemnidad sexual, el honor y el patrimonio, entre otros) aunque, sin embargo, no sería tan fácilmente extrapolable a

---

175 Cursivas utilizadas por el autor, indicativas de que utiliza el término *Wronged* en el sentido, por él favorecido, de haber sido dañado por una acción u omisión de otro, de manera culposa o dolosa, moralmente indefendible y violando alguno de sus derechos. En detalle, en FEINBERG (1984). p. 105 y ss.

176 ARIAS MARIAN (2012). Llama la atención aquí, ciertamente, la asimilación inmediata que hace el autor de la victimización penal con la lesión de un derecho, postura reñida con una comprensión imperante del delito como lesión de bien jurídico, según se verá en el capítulo siguiente.

177 *Ibid.*

178 HASSERMER y MUÑOZ CONDE (2012), p. 139.

179 *Ibid.*

otro tipo de víctimas, como las colectivas o difusas. En el mismo sentido, Maier define “víctima” como aquella “persona que sufre el daño directo que provoca el delito”<sup>180</sup>.

Rodríguez Manzanera, por su parte, define el término como “la persona sobre quién recae la acción criminal o sufre en sí misma, en sus bienes o sus derechos, las consecuencias nocivas de dicha acción, o se entiende que una persona es victimizada cuando cualquiera de sus derechos han sido violados por actos deliberados y maliciosos”<sup>181</sup>, mientras que Silva Sánchez, en cambio, hace hincapié en aquello que diferencia a la víctima en sentido amplio de la víctima entendida en sentido jurídico-penal, sentenciando que “no se es víctima (en sentido jurídico-penal) por el hecho de haber sufrido un daño, sino sólo por haber sufrido una lesión antijurídica [...]”<sup>182</sup>. Afín, aunque desde un foco que descansa sobre la noción de bien jurídico, otros autores definen a la víctima, sin más, como “el titular del bien jurídico lesionado por el delito”<sup>183</sup>.

En el mismo sentido, ofreciendo una identificación de la víctima en el campo estrictamente jurídico-penal, Martorell favorece la idea de que es mejor hablar de la “víctima criminológica en sentido estricto”, cuando de aquella se trate<sup>184</sup>. Márquez, por su parte, opta derechamente por identificar a la víctima como “un elemento del delito”, particularmente, aquel elemento que significa a la “persona natural, jurídica también cuando se trate de un ente colectivo, que sufre la acción destructora o las consecuencias nocivas de la infracción [...] en términos generales, persona que padece un daño, es la que sufre el perjuicio”<sup>185</sup>.

---

180 MAIER (1992).

181 RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis (1990) *Victimología: Estudio de la víctima*. Editorial Porrúa S.A. México, p. 57.

182 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2008) ‘¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”’, en *Derecho Penal y Criminología*, vol 29, N° 86-87, pp. 149-172, p. 171.

183 Así, entre otros, en MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2021a) “Los delitos contra la salud pública en situación de pandemia como delitos de peligro abstracto contra la salud individual. Una propuesta de interpretación de los arts. 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal”, en *Los delitos contra la salud pública durante la pandemia: Teoría y Praxis*, LONDOÑO, Fernando; MALDONADO, Francisco; MAÑALICH, Juan Pablo. Thomson Reuters, Santiago, 2021, pp. 127-237; CARRASCO ANDRINO (2019), y HORVITZ y LÓPEZ (2003).

184 MARTORELL CORREA, Daniel (1995) “Reflexiones criminológicas sobre la víctima”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22 N° 2, pp. 343-346.

185 MÁRQUEZ CÁRDENAS (2011). p. 31.



### 3.2. ¿Una víctima colectiva o difusa?

Producto de la intervención del Derecho penal en ámbitos tan diversos como la protección del medio ambiente, la salud pública y la responsabilidad por el producto<sup>186</sup>, varios autores han introducido subsecuentes distinciones al interior de la categoría de víctima. Un ejemplo de ello es la distinción entre víctimas individuales, colectivas y difusas.

Carrasco, p. ej., distingue entre dos tipos posibles de víctima colectiva. En primer lugar, la “víctima grupal”, entendida como un “colectivo de personas determinadas que han sufrido directa e individualizadamente un hecho delictivo”<sup>187</sup>, identificables en casos de lesiones causadas como consecuencia de una acción imprudente – como un atropello u otro accidente –, o de daños a la propiedad de varios sujetos – lo que ejemplifica en casos como la rotura de cristales y otros daños causados a varios automóviles aparcados en una misma calle –. En segundo lugar, la “víctima difusa”, a la que define como el “colectivo respecto del cual no se puede individualizar el daño producido por el delito, porque el bien jurídico tutelado es difuso, colectivo, corresponde a la ciudadanía”<sup>188</sup>, como sería el caso de los delitos contra el medioambiente, el patrimonio histórico o los intereses de los consumidores, entre otros.

En el mismo sentido, Rodríguez Puerta apunta a que los delitos de víctima difusa protegen bienes jurídicos de carácter supraindividual y que carecen, por tanto, de víctimas individuales<sup>189</sup>, lo que no obsta, por cierto, a que en estos delitos puedan producirse daños concretos a víctimas identificables de manera individual. Aclara, empero, que la producción individual de daños no constituiría en caso alguno una demanda del tipo, por lo que de producirse éstos, concurriría una afectación conjunta de bienes jurídicos individuales (v.g., la vida o la integridad física, afectadas por un delito medioambiental) con otros de carácter difuso, propios del tipo penal.

Para Horvitz y López, a su turno, la víctima colectiva es “el conjunto de personas que pueden verse afectadas o son perjudicadas en sus intereses o bienes sociales por la comisión de un delito”, noción que se encontraría íntimamente relacionada con los

---

186 HASSERMER y MUÑOZ CONDE (2012).

187 CARRASCO ANDRINO (2019), p. 3.

188 *Ibid.*

189 RODRÍGUEZ PUERTA, María José (2020) “El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194. RECPC pp. 22-14 (2020).

“bienes jurídicos de carácter colectivo”. Distinta sería la hipótesis relativa a los delitos que afectan a una pluralidad de personas concretas, o “delitos masa”, que producen un efecto masivo o difundido, como en aquellos casos en que, producto de un atentado terrorista, se hiere o mata a una pluralidad de personas, afectándose tantos bienes jurídicos individuales como personas heridas o muertas<sup>190</sup>. Los delitos contra bienes colectivos trasuntarían, así, una ampliación hacia intereses sociales o colectivos, distintos de una mera suma de intereses individuales, lo que habilitaría, en muchos casos, la intervención procesal penal de asociaciones intermedias, constituidas específicamente para la defensa de dichos intereses<sup>191</sup>.

### **3.3. Ofendido, sujeto pasivo, perjudicado y otros falsos sinónimos**

Ahora bien, en el contexto del análisis conceptual que aquí realizo, resulta pertinente clarificar el uso de ciertas nociones que se advierten, en más de una ocasión, utilizadas de forma un tanto confusa. Tal es el caso de las nociones de ofendido, sujeto pasivo y perjudicado.

Respecto de la distinción entre “víctima” y “ofendido”, Maier sitúa el uso del concepto de “víctima” en el Derecho penal sustantivo, mientras que el de “ofendido”, estima, habría de ser reservado para el Derecho procesal penal<sup>192</sup>. De esta forma, los términos “víctima” y “ofendido” identificarían a la misma entidad, pero se distinguirían el uno del otro sólo en lo relativo al campo de invocación. Con todo, como se verá, el Código Procesal Penal chileno, en particular, ha decidido tomar ambas nociones como equivalentes al momento de definir a la víctima por lo que, al menos para los efectos de la presente investigación, ambos términos serán tratados como sinónimos<sup>193</sup>.

En lo relativo a la noción de “sujeto pasivo”, si bien en no pocas ocasiones se le utiliza, indistintamente, como sinónimo de “víctima”, parecieran no significar exactamente lo mismo. En efecto, la noción de sujeto pasivo admite una distinción que la de víctima no admitiría: la distinción entre la cualidad de serlo “del delito”, y la cualidad de serlo de “la

---

190 HORVITZ y LÓPEZ (2003). p. 301.

191 Así, en MAIER (1992).

192 Sin ahondar el autor en las razones que subyacerían a dicha distinción, en MAIER (1992).

193 Artículo 108 del CPP (2000). Así lo entiende también CARRASCO ANDRINO (2019), p. 5.

acción”, pudiéndose identificar a la víctima sólo con el sujeto pasivo del delito, más no, al menos no en todos los casos, con el de acción<sup>194</sup>.

Esto sería así, v. g., en situaciones fácticas tales como la comisión de un delito de hurto respecto de una cosa de propiedad de A, pero cuya sustracción se produce mientras la cosa se encuentra en posesión de B. Aquí, la víctima del delito de hurto es A, sujeto pasivo del *delito*, y no B, quien es únicamente el sujeto pasivo de la *acción* que recae sobre un sujeto que no es el titular del bien jurídico protegido. Dicho de otro modo, la noción de sujeto pasivo sólo será sinónimo de la de víctima en cuanto pueda predicarse de él, al mismo tiempo, la titularidad del bien jurídico lesionado y protegido penalmente, lo que equivale a identificarle como el sujeto pasivo del delito<sup>195</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, el sujeto pasivo de una acción puede, ciertamente, ser al mismo tiempo víctima de la misma acción delictiva. Este sería el caso, por ejemplo, en que B, en posesión de la cosa de A, sea lesionado en su integridad física en el contexto de la comisión de un delito de robo con violencia.

Distinta a la noción de sujeto pasivo de la acción es, finalmente, la de “objeto material” de la acción, reservándose esta última a la persona o cosa sobre la que recae físicamente la acción (el cuerpo lesionado o el objeto hurtado, p. ej.) y que puede, o no, coincidir con el sujeto pasivo de la acción y/o del delito.

Finalmente, resulta útil también distinguir la noción de víctima de la de “perjudicado” o “víctima civil”, a efectos de reservar estas últimas para identificar, específicamente, al sujeto que sufre un daño patrimonial producto de la acción antijurídica de un tercero, reparable mediante una indemnización de perjuicios<sup>196</sup>. En este sentido, Solé Riera sostiene que “el término ofendido parece referirse al sujeto que sufre directamente la lesión del bien jurídico protegido por el ordenamiento, mientras que perjudicado sería aquella persona que sufre en su esfera estrictamente patrimonial o moral, las consecuencias del ilícito cometido”<sup>197</sup>.

---

194 Así también, en CARRASCO ANDRINO (2019).

195 También así en HORVITZ y LÓPEZ (2003) pp. 298. En el mismo sentido, CARRASCO ANDRINO (2019).

196 Horvitz aclara que, en el proceso penal chileno, el perjudicado civil que no es a su vez víctima, en el sentido descrito por la ley procesal penal, no tendrá la facultad de intervenir en el proceso penal para obtener la reparación del daño, encontrándose compelido a recurrir a la justicia civil, de conformidad a la hipótesis contemplada en el artículo 59 inciso 3° del CPP (2000). En HORVITZ y LÓPEZ (2003).

197 SOLÉ RIERA, Jaime (1997) *La tutela de la víctima en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

Solé, en la misma línea, puntualiza que, si bien tanto las calidades de víctima y de ofendido coinciden, generalmente, en una misma persona, los textos positivos parecieran distinguirlos, reservando la categoría de perjudicado a aquel que no sufre el delito en su esfera física, sino exclusivamente en el ámbito patrimonial<sup>198</sup>. Así, p. ej., las calidades de ofendido y perjudicado coincidirán en un mismo sujeto, en general, tratándose de delitos contra la propiedad, pero podrían no coincidir en caso de que quien se encontrase en posesión de la cosa, como legítimo mero tenedor, lo hiciera en virtud de un título que le permitiere aprovecharse de ella, como sería en el caso de hacerlo a título de usufructuario o arrendatario, situación en la que el tenedor se vería *perjudicado*, mas no *ofendido*, por la sustracción o la destrucción de la cosa. No coincidirán, tampoco, ambas calidades en aquellos casos en que el comportamiento penalmente prohibido causare la muerte del ofendido, casos en que será posible identificar al *ofendido* como el titular del bien jurídico y, como *perjudicados*, a la familia que le sobrevive.

En un sentido afín, sería también posible distinguir entre víctimas *directas* y víctimas *indirectas*. Como indica Tamarit, las indirectas “son las que, sin haber sufrido de modo inmediato el delito o acontecimiento traumático, han padecido personalmente las consecuencias que el mismo ha tenido en una persona allegada”<sup>199</sup>. Las directas, a *contrario sensu*, serán aquellas que sí han sufrido, de modo inmediato, las consecuencias del delito.

Finalmente, también con Tamarit, resulta útil mencionar la distinción que introduce el autor – por cierto, desde una perspectiva victimológica –, respecto de la comprensión del concepto de víctima como concepto jurídico penal, por un lado, y la que le concede la victimología, por otro. Así, aclara el autor, mientras en el contexto de la doctrina penal el término suele ser invocado como sinónimo de “titular del bien jurídico protegido”, la victimología le reconoce un uso más amplio, acogiendo en su seno también al “perjudicado” por el delito, esto es, al sujeto sobre el que recaen los efectos negativos del delito<sup>200</sup>.

---

198 SOLÉ RIERA (1997).

199 TAMARIT (2006) p. 24.

200 TAMARIT SUMALLA, Josep María (1998) *La víctima en el Derecho Penal. De la victimo-dogmática a una dogmática de la víctima*. Ed. Aranzadi, Pamplona, Navarra, 1998, pp. 149 y ss.

## **4. Definición del concepto y tratamiento jurídico-positivo de la víctima**

Habiendo ya revisado algunas de las definiciones propuestas por la doctrina, a continuación me abocaré a las definiciones y al tratamiento que diversos sistemas jurídicos dispensan a la víctima, tanto en el plano interno como supranacional, definiciones que, por cierto, en mucho siguen las propuestas por diversos autores, recogidas *supra*.

### **4.1. La víctima en el plano supranacional**

En el plano supranacional, es posible encontrar diversas definiciones del concepto de víctima, principalmente adoptadas a través de diversos instrumentos internacionales. A continuación, dos ejemplos de ello.

En primer lugar, y con un lato alcance territorial, la Declaración de Naciones Unidas “sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, de 29 de noviembre de 1985<sup>201</sup>, ofrece el siguiente concepto de víctima:

“las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daño, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones y omisiones que violen la legislación penal vigente en los estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”<sup>202</sup>.

La recién transcrita es, sin duda, una definición amplia del concepto de víctima, en tanto abarca diversas hipótesis: comprende tanto a las víctimas directas como a las indirectas, y tanto a las individuales como a las colectivas contemplando, además, un vasto catálogo de daños o menoscabos que se admiten como causantes de la victimización.

Con todo, y a pesar de la amplitud del concepto, la definición pareciera no abarcar a entidades distintas a la persona natural, tanto individual como colectivamente considerada, en tanto favorece la utilización exclusiva del término “personas”. Lo anterior quedaría especialmente refrendado a la luz de lo establecido en su punto 3º, donde se establece que sus disposiciones serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole,

---

201 Recurso disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>.

202 Declaración de Naciones Unidas “sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, Resolución 40/34, Anexo A, puntos 1 y 2.

creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico<sup>203</sup>, cualidades propias de la persona humana.

En segundo lugar la Unión Europea (UE), por su parte, ofrece también una definición de víctima a través de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, “Por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos”<sup>204</sup>, cuya finalidad no es otra que la de garantizar que las víctimas de delitos cometidos en alguno de los Estados miembros de la UE, o que hubieren de ser juzgados en ellos, reciban información, apoyo y protección, además de la posibilidad de participar en los procesos<sup>205</sup>. La directiva aspira, según admite, a ser una regulación niveladora y de carácter mínimo, es decir, que permite y favorece que los Estados establezcan niveles de protección y participación mayores a los exigidos por la misma, por lo que consagra un catálogo amplio, pero no taxativo, de derechos de las víctimas.

Ahora bien, en la Directiva, a diferencia de la Declaración de la ONU, el concepto de víctima – aunque también amplio – no llega a serlo al nivel del contenido en aquella, aunque la iguala en cuanto a que se circunscribiría, exclusivamente, a la noción de persona humana. Así, define a la víctima como

“La persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal”<sup>206</sup>.

Agrega, a continuación, que se entenderá también por víctima a “los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona”, enumerando, a continuación y taxativamente, una serie de parientes a los que la ley habrá de atribuir tal calidad<sup>207</sup>.

Como indica Pérez-Rivas, se trata éste de un concepto amplio de víctima, que incorporaría tanto al sujeto pasivo del delito como al perjudicado, independientemente de que coincidan, o no, en la misma persona<sup>208</sup>. Con todo, y a pesar de dicha amplitud, a

---

203 Declaración de Naciones Unidas “sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, Resolución 40/34, Anexo A, punto 3.

204 Recurso disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029>.

205 PÉREZ-RIVAS, Natalia (2017) “El modelo europeo de Estatuto de la Víctima”, en *Dikaion*, 26(2) (2017), pp. 256-282.

206 Directiva 2012/29/UE Artículo 2º N° 1. a) i)

207 Directiva 2012/29/UE Artículo 2º N° 1. a) ii)

208 PÉREZ-RIVAS (2017).

diferencia del concepto recogido por la ONU, la Directiva circunscribe su ámbito sólo a las personas naturales individualmente consideradas, excluyendo a las colectividades.

#### 4.2. La víctima en el plano interno

Los ordenamientos jurídicos nacionales también ofrecen definiciones positivas de lo que ha de entenderse, a su interior, por víctima. A continuación, una breve revisión de los casos español y chileno.

Primeramente, el ordenamiento jurídico español regula el asunto a través de la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (LEVD), que vino a estructurar, sistemáticamente, los derechos mínimos de toda víctima de delito, además de unificar una materia que, previo a su dictación, se caracterizaba por su dispersión<sup>209</sup>. Cumple, a juicio de Cano<sup>210</sup>, una doble finalidad: por una parte, la de concretar la transposición de la normativa comunitaria europea (contenida en la Directiva de 2012) y, por otra, la de ofrecer protección jurídica y social a las víctimas, procurando minimizar al máximo los posibles efectos traumáticos del proceso penal.

En cuanto al concepto de víctima, la ley proporciona uno que contempla – al igual que en el caso chileno, como se verá – a las víctimas directas y a las indirectas. En lo que, sin equívocos, podría considerarse una transcripción de la definición ofrecida por la directiva de la UE arriba vista, la LEVD define en su artículo 2º a la víctima “directa” como

“Toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o su patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito”<sup>211</sup>.

La misma ley, a su vez, considera como víctimas “indirectas”, o “co-víctimas” bajo la nomenclatura ofrecida por Carrasco, a un determinado grupo de personas, estrechamente relacionadas con la víctima directa, que se constituyen en tales de forma exclusiva en los

---

209 Así en CARRASCO ANDRINO (2019), sin perjuicio de que persisten, naturalmente, normas que conciernen a la víctima en diversos cuerpos normativos, como bien evidencian DIAZ CABIALE, José Antonio y CUETO MORENO, Cristina (2022) “Víctimas, ofendidos y perjudicados: concepto tras la LO 8/21”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC número 24-04 (2022), pp. 1-49.

210 CANO FERNÁNDEZ, Sonia (2015) “La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Estatuto jurídico de la víctima”, en *Crónica de legislación (enero-junio 2015) Procesal. Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 3, diciembre 2015. Ediciones Universidad de Salamanca.

211 LEVD, art. 2º.

casos de muerte o desaparición de aquella<sup>212</sup>. Establece, asimismo, en su inciso final y de manera expresa, que las normas de la ley no serán aplicables a los terceros que hubieren sufrido perjuicios derivados del delito, con lo que excluye a las víctimas exclusivamente civiles.

Contempla, además, un extenso catálogo de derechos, entre los que es posible distinguir, *grosso modo*, unos de naturaleza procesal y otros de naturaleza extraprocesal. Siguiendo esta distinción, Tamarit identifica los de carácter procesal como una consecuencia directa del “papel crucial que desempeña el proceso penal como cauce formalizado para encauzar la respuesta del Estado al delito”<sup>213</sup>, y que son originados en la existencia del propio proceso, mientras que los extraprocesales serían, en cambio, “la manifestación intraprocesal de genéricos derechos de las víctimas cuyo fundamento es previo al proceso”<sup>214</sup>, como sería el caso del trato digno, el respeto a la intimidad, y los derechos de recibir apoyo y reparación, entre otros.

Reconociendo una falta de sistematización clara en el catálogo de derechos que el Estatuto concede a las víctimas, el mismo autor propone una sistematización de los mismos, según los ámbitos a los que refieren. Así, ofrece la siguiente categorización<sup>215</sup>:

- a) El derecho a la información: título I (derechos básicos), arts. 5 y 7.
- b) El derecho a la participación en el proceso penal; título II.
- c) El derecho a la protección: título III.
- d) El derecho al apoyo (o asistencia): art. 10 y capítulo I del título IV.
- e) El derecho de acceso con garantías a servicios de justicia restaurativa: art. 15.

Fernández Fernández, por su parte, identifica y agrupa los derechos en a) el derecho a la información, transmitida en un lenguaje claro y comprensible, teniendo en cuenta las características personales de la víctima; b) el derecho a la participación, que habilita a la víctima a intervenir en el proceso e incluso en la fase de ejecución (art. 25 LEDV); c) el derecho a la protección, y d) el derecho a la reparación efectiva<sup>216</sup>.

---

212 “En los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratase de los responsables del hecho”, LEVD arts. 2°.

213 TAMARIT SUMALLA, Josep María (2017) “Una lectura victimológica del Estatuto Jurídico de las víctimas”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 13/2017, Bilbao, pp 115-138, p. 119.

214 *Ibid.*

215 TAMARIT SUMALLA (2017) p. 129, transcripción literal del catálogo ofrecido por el autor.

216 FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Marta Isabel (2017) “Protección y tutela de las víctimas en el proceso penal”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 13/2017, Bilbao, pp 177-200.



A su vez, Carrasco identifica tres niveles de protección a las víctimas: un primer nivel estándar, común o propio a todas las víctimas; un segundo nivel, orientado a víctimas que presentan necesidades especiales, y, finalmente un tercer nivel, que contempla medidas específicas para la protección de los menores de edad y de personas discapacitadas necesitadas de una protección especial<sup>217</sup>.

El ordenamiento jurídico chileno, a su turno, difiere del español en tanto el tratamiento de la víctima se encuentra disperso a lo largo de una serie de instrumentos distintos, como fuera el caso del sistema español antes de la entrada en vigencia de la LEVD. En efecto, es posible encontrar normas relativas a la víctima en distintos cuerpos normativos, entre los cuales figuran el Código Penal (CPCh), la Constitución Política de la República (CPR), la Ley Orgánica Constitucional N° 19.640 de 1999, del Ministerio Público (LOCMP) y el Código Procesal Penal (CPP 2000). Este último, considera a la víctima como un “interviniente” en el proceso desde el momento en que realizare ésta cualquier actuación procesal, o desde el momento en que la ley le permita ejercer facultades determinadas<sup>218</sup>, razón por la que goza del estatus de “sujeto procesal” sin necesidad de constituirse en parte en el proceso – esto es, sin necesidad de constituirse en querellante de conformidad al art. 111 del CPP (2000), momento en el que dejaría de ser un mero interviniente para pasar a ser “parte” – <sup>219</sup>.

La definición de “víctima”, por su parte, se encuentra consagrada en el artículo 108 del CPP (2000), en donde se establece que, para los efectos de lo dispuesto en ese mismo texto legal – es decir, para efectos de la regulación del proceso penal – se considera víctima al “ofendido por el delito”, lo que para un importante grupo de autores admitiría ser traducido como “el sujeto titular del bien jurídico afectado por el delito”, sea éste una persona natural o jurídica<sup>220</sup>.

El inciso segundo del art. 108, en la misma línea de la normativa española, amplía la categoría de víctima en dos hipótesis: en primer lugar, para aquellos casos en que el resultado del delito fuere la muerte del ofendido y, en segundo, para aquellos en que éste no pudiese ejercer sus derechos en el procedimiento. Se establece, al efecto, una lista taxativa de los sujetos habilitados para actuar en representación o subrogación de la

---

217 CARRASCO ANDRINO (2019), p. 4; similar, en TAMARIT SUMALLA (2017), pp. 124 y ss.

218 Art. 12 CPP (2000).

219 Título IV, Párrafo 6° del CPP (2000).

220 Entre ellos HORVITZ y LÓPEZ (2003), como también MAÑALICH (2020).

víctima, según un claro orden de prelación, de manera que la intervención procesal de una o más personas contempladas en una categoría excluye la posibilidad de intervención de las que se encuentran en categorías siguientes<sup>221</sup>.

El art. 109 del CPP (2000), por su parte, contiene aquello que podríamos identificar como el “estatuto de los derechos de las víctimas”, en donde se incorporan, en términos generales, derechos de protección y de acceso a la justicia<sup>222</sup>. Como indica Riego, este catálogo fue incorporado por vez primera en el ordenamiento jurídico chileno a través de la reforma procesal penal – operada a partir del año 2000, y respecto de la cual el CPP (2000) oficia como instrumento articulador principal –, siendo este catálogo uno, agrega, mucho más “generoso” que cualquier concesión existente anteriormente<sup>223</sup>. A juicio del autor, este cambio introducido por la reforma procesal penal y plasmado en el CPP (2000) obedecería, en buena parte, a la existencia en la época de movimientos, a nivel mundial, encaminados al reconocimiento de la víctima como sujeto relevante en el sistema penal, buscando dar término a una larga tradición de persecución penal exclusivamente estatal<sup>224</sup>, y relevando la reparación como un objetivo del proceso penal, además de consagrar derechos a las víctimas no sólo de carácter procesal, sino también de buen trato y protección<sup>225</sup>.

Por su parte, la Constitución de la República de Chile (1980), a través de la reforma constitucional operada por la Ley 20.516 de 2011, establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que hubieren sido víctimas de delitos y que no pudieren procurárselas por sí mismas (art. 19 N° 3<sup>226</sup>, en el marco del

---

221 CASTRO JOFRÉ (2004).

222 Así, SALINERO (2013).

223 RIEGO, Cristián (2014) “La expansión de las facultades de las víctimas en la reforma procesal penal y con posterioridad a ella”, en *Revista Política Criminal*, Vol. 9, N° 18 (diciembre 2014), Art. 11, pp. 668-690.

224 *Ibid.*

225 Por ejemplo, el artículo 6° del CPP (2000) consagra el deber general de protección de las víctimas por parte del Ministerio Público, estableciendo obligaciones tanto para los fiscales, los jueces y las policías. El art. 109, por su parte, consagra un catálogo de derechos; mientras que los derechos del querellante (para el caso en que la víctima se constituya como tal) se encuentran contenidos en el párrafo 7°. Se consagra también la posibilidad de que el querellante particular provoque un forzamiento de la acusación, en el art. 258; además de la posibilidad de alcanzar acuerdos reparatorios entre imputado y víctima, en el art. 241, entre otras prerrogativas. Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público contempla otras tantas obligaciones de protección y atención a las víctimas, además de que crea, al interior de la institución, la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos, art. 20 f) y 34 e) LOCMP N° 19.640 de 1999. En extenso respecto a los derechos de participación, trato y protección de la víctima, vid. CASTRO JOFRÉ (2004).

226 Art. 19 N° 3, inc. 3°, dispone que “La Ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efectos de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes”. Como señala Riego, se trata de un principio general, cuya aplicación se encuentra condicionada a la dictación de una ley que, a la fecha, aún no encuentra prioridad para su dictación e implementación. En RIEGO (2014).

derecho al debido proceso<sup>227</sup>). El Art. 83 de la carta magna, a su vez, consagra la obligación de Ministerio Público de adoptar las medidas para proteger a las víctimas, mientras que su inc. 3º consagra el derecho constitucional de las víctimas al ejercicio de la acción penal.

### **4.3. Sobre la identificación de la “víctima” como “persona” en los instrumentos revisados**

Las consagraciones jurídico-positivas arriba analizadas – tanto en el plano interno como en el supranacional – parecieran sugerir, con todo, que la categoría de víctima sería una que sólo podría ser ocupada por personas naturales, extendiéndose, aunque casi de manera excepcional, a colectividades de personas naturales, constituidas o no como personas jurídicas<sup>228</sup>. Si ello fuere así ¿obedecería esto a razones meramente instrumentales o, por el contrario, denotaría compromisos axiológicos más profundos?

La cuestión así planteada no resulta baladí por cuanto, *prima facie*, la identificación de la víctima con una persona natural, sin más, deviene problemática a la hora de explorar las posibilidades de incluir, al interior de la categoría, a entidades distintas a la persona física, como sería el caso de las personas jurídicas, las colectividades e incluso las entidades no humanas, ni natural ni instrumentalmente, como es el caso de los animales.

Para Bustos, el cierre en torno a la persona natural en estos cuerpos normativos provendría de los orígenes positivistas de la victimología por cuanto, al perseguir ésta el objetivo de determinar las causas biológicas, antropológicas y sociales – entre otras – que explican las razones de la victimización, habría transitado necesariamente hacia una “concepción naturalista de la víctima”, dejando fuera entidades diversas a la persona natural<sup>229</sup>.

---

227 A diferencia de autores que enmarcan esta consagración como parte de un derecho general al debido proceso (p. ej., CASTRO JOFRÉ), estimo que ello no sería totalmente correcto, por cuanto lo que, a mi juicio, persigue el derecho al debido proceso es establecer garantías para los procesados penalmente, imputado o acusado, pero no para la víctima ni otros intervinientes. En el mismo sentido, advirtiendo una confusión – facilitada por una parte de la doctrina y por el Tribunal Constitucional – entre derecho de acción y derecho al debido proceso, en BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2011) “La acción penal y la víctima en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXVII. Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2011. pp. 513-545.

228 Por ejemplo, Tamarit colige, de la letra de la LEDV 2015, el descarte incluso de las personas jurídicas como posibles víctimas, en TAMARIT SUMALLA (2017) p. 129.

229 BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1990) “Presente y futuro de la victimología”, en *Revista de Ciencias Penales*, Quinta época, 1990.1993. Tomo XL, N° 1, Santiago de Chile.

Particularmente, en lo relativo a la exclusión de las personas jurídicas en la LEVD de 2015, Carrasco Andrino<sup>230</sup> recuerda que las personas jurídicas también pueden ser víctimas de delitos y, por tanto, de sufrir daños, aunque la no incorporación en la ley les excluiría, ciertamente, de la posibilidad de participar en los procesos de justicia restaurativa y de mediación penal<sup>231</sup>. También De Hoyos Sancho sostiene que esta exclusión no se habría contemplado anteriormente en el ordenamiento jurídico español, habiéndose siempre utilizado términos “neutros” como “ofendido”, “agraviado” o “perjudicado” (términos que entiende como aplicables tanto a personas naturales como jurídicas, en tanto cumplan con los requisitos habilitantes para el ejercicio de los derechos que en tal calidad les confiere la ley)<sup>232</sup>. Gómez Colomer, por su parte, considera que la exclusión de las personas jurídicas en esta ley obedecería a que los derechos constitucionales que son reconocidos a las víctimas y que recoge, como son v.g. el reconocimiento de la dignidad y el derecho a la asistencia, no son de aquellos que puedan predicarse de las personas jurídicas. Agrega que, en su opinión, el derecho a la reparación de éstas se satisface con la posibilidad que la ley les concede de constituirse en parte en el proceso penal<sup>233</sup>.

Rodríguez Puerta, a su turno y en lo relativo a la exclusión que realiza la LEVD de las “colectividades” – no jurídicamente organizadas –, plantea la pregunta respecto a si éstas podrían ser titulares de algunos de los derechos que la ley adscribe a las personas naturales, particularmente, p. ej. los de participar de la justicia restaurativa. Al efecto concluye que, ciertamente, ello no sería posible desde una perspectiva literal, aventurando una posible explicación en la necesidad del legislador de que sólo personas físicas intervengan en el proceso penal ejerciendo dichos derechos. Destaca que, sin embargo, la normativa de la ONU no favorece dicha exclusión en tanto concede, expresamente, la calidad de víctima a las personas que “individual o colectivamente” hubieren sufrido daños<sup>234</sup>. En un sentido similar, De Hoyos Sancho señala, respecto a la Directiva 2012/29/UE y a su exclusiva referencia a las personas naturales, que

“la Directiva tiene como *leit motiv* evitar la victimización secundaria consecuencia de los hechos

---

230 CARRASCO ANDRINO (2019).

231 Sobre el asunto en el marco de la justicia restaurativa, en profundidad en RODRÍGUEZ PUERTA (2020).

232 DE HOYOS SANCHO, Montserrat (2017) *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*”. Ed. Marcial Pons, Pamplona, España, 2017.

233 GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (2015) *Estatuto Jurídico de la víctima del delito*. Editorial Aranzadi. Pamplona, España, 2015.

234 RODRÍGUEZ PUERTA (2020).

presuntamente delictivos, problema que no se ha considerado tan acuciante en los supuestos en que los sujetos pasivos son personas jurídicas”<sup>235</sup>.

De todo lo recién expuesto, estimo posible sugerir que la decisión adoptada en estos cuerpos normativos, es decir, una que restringe su ámbito de aplicación a la persona física mediante una definición “humanizada” de la víctima, no obedecerían a una decisión normativa, ni mucho menos descansaría sobre una determinación ontológica encaminada a establecer qué o quién puede ser considerado víctima para efectos penales, sino que, más bien, y simplemente, obedecería a razones meramente instrumentales, provistas por el marco de los objetivos y finalidades inmediatas de las respectivas regulaciones.

En efecto, en el caso de las normas internacionales, y también en el de la LEVD española, el asunto es bastante claro, en tanto así lo expresan sus respectivos preámbulos: el interés de dichas regulaciones no es otro que el de ofrecer respuestas, protección y reparación a las víctimas humanas de delitos. Con ello, se indicaría únicamente que las víctimas distintas a la persona natural quedan fuera del alero protector de dichas regulaciones en específico, por cuanto se trata, en exclusiva, de regulaciones que admiten ser enmarcadas dentro de aquellas que abogan por la promoción, protección y defensa de los derechos humanos en general, pero que, en caso alguno, pretenderían sostener que sólo respecto de las personas naturales se puede predicar la victimización en sentido penal.

Distinto sería el caso de la regulación chilena, que regula lo pertinente en el CPP (2000) de manera neutra hablando del “ofendido”, vocablo que, veremos, sugeriría un posible mayor rango de tolerancia subjetiva. Con todo, las normas consagradas en claro beneficio de víctimas humanas, como es el caso de la establecida en el artículo 19 N° 3 inc. 3°, no podrían sino, evidentemente, entenderse como acotada a aquellas.

Ahora bien, esta comprensión de la regulación imperante permite, ciertamente, abrir oportunidades para que entidades distintas a la persona natural puedan ser admitidas al interior de la categoría jurídico-penal de víctima; mas, con todo, dicha posibilidad no descansa aún sobre consensos suficientemente amplios y sólidos que así lo permitan, incontrovertidamente. Por esta razón, y con el objetivo de aquilatar las posibilidades efectivas de considerar a entidades distintas a las personas naturales y jurídicas al interior

---

235 DE HOYOS SANCHO, Montserrat (2014) “Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español”, en *Revista General de Derecho Procesal* (34) 2014, p. 14.

de la categoría de víctima, y particularmente a los animales, deviene imprescindible determinar, analíticamente, qué es aquello que se requiere para ser víctima. Dicho de otro modo, resulta forzoso determinar cuáles serían las condiciones necesarias y suficientes que una entidad determinada tendría que satisfacer para poder ser categorizada como víctima en sentido jurídico-penal. A continuación, una propuesta en dicha línea.

## **5. Las condiciones necesarias y suficientes para ser víctima**

Como se ha visto, la categoría jurídico-penal de víctima parece ser lo suficientemente flexible como para admitir a su interior entidades tan diversas como la persona física – a la que podría asignarse el rótulo de “víctima paradigmática” –; la persona jurídicamente organizada, e incluso a un grupo de personas humanas colectivamente consideradas, en el caso de la víctima colectiva o difusa. Con todo, la posibilidad de que dentro de ella sea posible ubicar a los animales, no resulta aún clara. Para ello, deviene necesario determinar, a efectos de comprobar si es posible incluir a los animales, qué es aquello que, desde una perspectiva ontológica, hace de determinada entidad una respecto de la cual se pueda predicar la calidad de víctima.

Ahora bien, al hablar de “condiciones necesarias y suficientes”, me estoy refiriendo a las posibles categorías ontológicas que permitirían identificar la existencia de determinado(s) atributo(s) como propios del concepto jurídico-penal de víctima. De esta forma, el ejercicio que a continuación se ofrece busca identificar, particularmente, aquellos atributos de la esencia de la categoría de víctima, aquello que hace a la víctima “ser lo que es”, y cuya ausencia impediría la posibilidad de considerarle como tal. Durante el proceso identificativo también, por cierto, aquellos atributos que constituirían elementos meramente accidentales y cuya ausencia, en tanto tales, no impediría tal consideración<sup>236</sup>.

En dicho cometido, se partirá aquí desde el siguiente concepto de víctima, construido en base a las conclusiones ya avanzadas: por “víctima”, habrá de entenderse el “sujeto titular de un bien jurídico protegido por una norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada, que se constituye en tal desde el momento en que ocurre la afectación de dicho bien jurídico”.

---

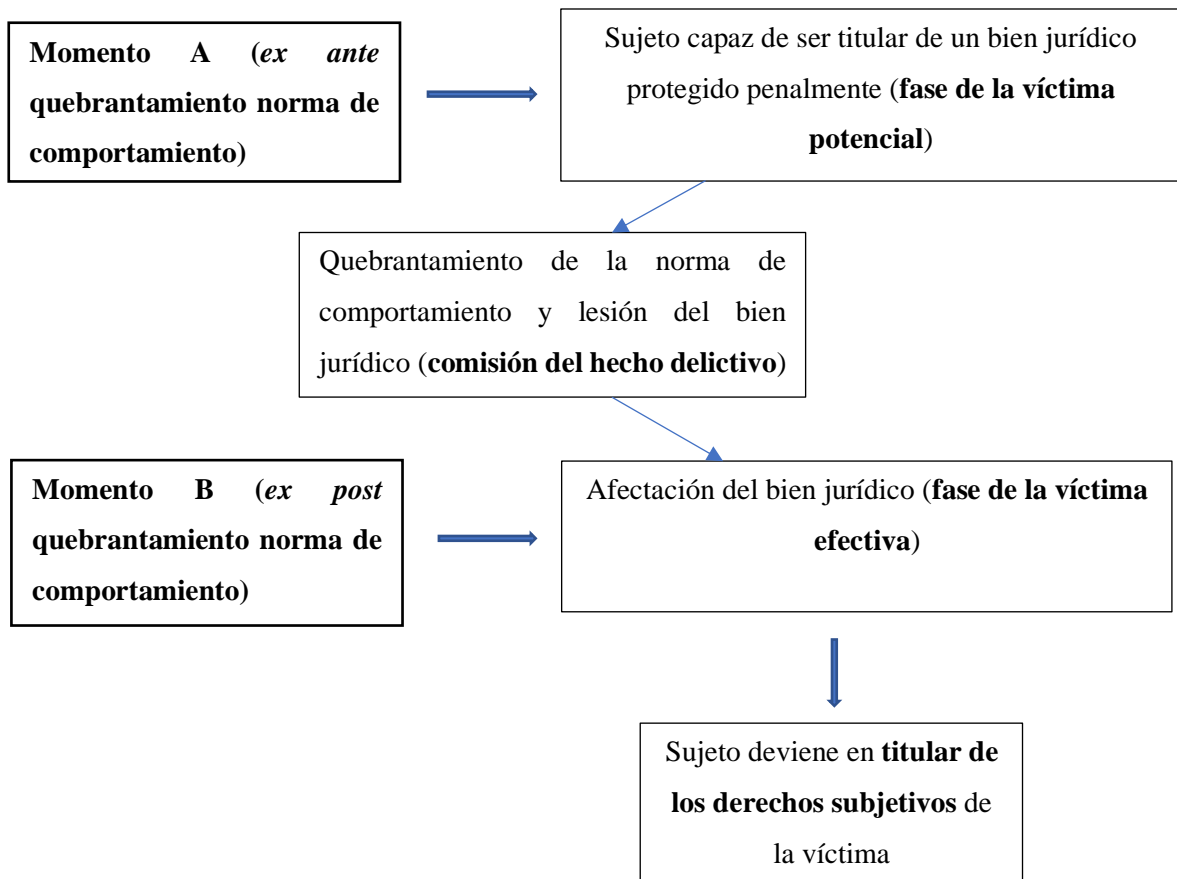
236 Todo ello, en clave de categoría ontológica del *ser per se* aristotélico, diferenciándolas de los atributos no esenciales, consistentes con el *ser per accidens*. Sobre la distinción ontológica entre el *ser per se* y el *ens per accidens*, vid. ALTAREJOS MASOTA, Francisco (2007) “*Ens per accidens: dimensión lógica del ser*”, *Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra*, 2007.

Desde la premisa constituida por la definición ofrecida es posible distinguir dos cuestiones: por una parte, la capacidad o *potencia de ser* víctima, dada por la titularidad del bien jurídico y, por otra, el tránsito efectivo hacia el estatus de víctima, dado por el cumplimiento de la *condición* de la afectación del bien jurídico penalmente tutelado.

La segunda de las cuestiones no depende – no al menos desde esta perspectiva analítica – del sujeto victimizado, sino de la acción u omisión de otro, mientras que la primera sí sería enteramente propia, ontológicamente hablando, del estatus de víctima, por lo que se centrarán los esfuerzos de este ejercicio sólo en aquella.

A lo anterior me permito sumar, aunque no como una precondition necesaria *para ser* considerado víctima, sino más bien como una condición propia *de* la calidad de víctima, la necesidad de la capacidad para ser titular de los derechos subjetivos propios de la víctima, los que se encuentran contemplados, principalmente, en la normativa procesal.

A efectos de graficar lo antes dicho, resulta útil distinguir dos momentos y tres cuestiones:



Siendo lo aquí sugerido así, la pregunta clave a responder es la de cuáles serían las condiciones necesarias y suficientes para ser titular de un bien jurídico individual y ser, por tanto, capaz de ostentar el estatus de víctima potencial, reservando para un momento posterior la cuestión sobre la posibilidad de ser titular de derechos subjetivos (en tanto no empecería, al menos no en la fase cronológica A, la capacidad *para ser* víctima)<sup>237</sup>.

Ante la cuestión así planteada surgen dos posibles respuestas, consistentes con dos posibles formas de comprender qué ha de entenderse por bien jurídico protegido: por una parte, si el bien jurídico habría de entenderse como un derecho subjetivo o si, contrariamente, su naturaleza es, más bien, la de un interés.

Si bien el asunto sobre la naturaleza del bien jurídico se abordará, en profundidad, en el capítulo siguiente, a continuación se avanzará sobre ello, aunque estrictamente en la medida en que resulta útil a la labor de determinar cuál, o cuáles, serían las condiciones necesarias y suficientes para la víctima potencial.

### **5.1. Las condiciones necesarias y suficientes, desde una comprensión del bien jurídico *qua* derecho subjetivo**

Una primera posible respuesta a la cuestión podría encontrarse en los orígenes del bien jurídico o en, más bien, la comprensión del injusto previo a su irrupción, comprensión que, como se verá en el capítulo siguiente, reposaba sobre una visión del delito como “lesión de un derecho subjetivo”<sup>238</sup>. Así entonces, desde esta perspectiva, la víctima potencial sería toda entidad capaz de ser titular de derechos subjetivos, penalmente protegidos.

Sin embargo, como se verá más adelante y como se ha adelantado *supra*, la irrupción del bien jurídico, de mano del Derecho penal moderno, habría supuesto una abstracción de los derechos subjetivos afectados, ello con el claro objetivo de perfilar el delito como un conflicto entre Estado y autor. Con todo, y a pesar de dicha objetivación, la idea de que los bienes jurídicos se encontrarían en posesión de titulares particulares, distintos del Estado – como fuera inicialmente para el caso de los derechos subjetivos –, ha permanecido vigente, lo que ha llevado a algunos autores a sugerir que, para predicar de

---

237 Sobre la posibilidad de que los animales puedan ser titulares de derechos subjetivos, se discurrirá en el capítulo cuarto.

238 *Vid* capítulo tercero.



alguien la titularidad de un bien jurídico, sería necesario y suficiente que de ese alguien pueda predicarse la capacidad de ser titular de derechos subjetivos<sup>239</sup>.

Así, p. ej., pareciera entenderlo Moore al referirse al rol de la víctima en el marco de la teoría retributiva de la pena<sup>240</sup>. En efecto, Moore sostiene que, si bien es cierto que el retribucionismo prescinde de la participación de la víctima en la determinación de la pena – lo que equivaldría a decir que la ignora, en tanto poco importaría su opinión o deseo en el marco del proceso penal –, no lo es menos que su figura, como entidad que sufre el daño (*harm*) causado por la conducta antijurídica de otro (*wrong*)<sup>241</sup>, se encontraría al centro de la justificación del castigo en un sistema penal retribucionista.

Así, explica el autor, si bien el castigo penal se justifica en el merecimiento del autor – constituido por la conducta antijurídica que realiza y por su culpabilidad –, la víctima forma, igualmente, parte central de núcleo de las normas penales (así como también de las normas morales, tales como aquellas que reprochan el homicidio, la violación, la tortura, etc.). Así, indica, si bien las normas penales son esencialmente “*agent-relative*” – en tanto se dirigen a cada individuo imponiendo una obligación (p. ej. “no matar”) –, lo son, también, “*victim-relative*”, en tanto basadas en *derechos* de titularidad de alguien que, una vez transgredida la norma penal, se convierte en víctima<sup>242</sup>. En segundo lugar, Moore reafirma la centralidad de la víctima y de su derecho subjetivo en el hecho de que, en efecto, una forma de medir la conducta antijurídica del autor es según cuántas veces la norma – y el derecho subjetivo por ella protegido – ha sido afectada, lo que indicará, necesariamente, cuántas víctimas involucra la conducta<sup>243</sup>. A ello suma, finalmente, que

---

239 Así, v. g., es la comprensión de RÍOS CORBACHO (2016) y BRAGE CENDÁN (2017), que identifican ciertos derechos subjetivos como “lo protegido” – particularmente, en el marco del estudio dogmático de delitos de maltrato animal –.

240 MOORE, Michael (1999) “Victims and Retribution: A Reply to Professor Fletcher”, en *The Buffalo Criminal Law Review*, 3 No 65 (1999-2000). pp. 65-89, p. 52. Con todo, utilizo el ejemplo de Moore teniendo presente que, por su pertenencia a la tradición jurídica angloamericana, el autor no está pensando aquí en la teoría del bien jurídico propiamente tal, que es propia del derecho continental. Sobre esta diferencia se volverá, en profundidad, en el siguiente capítulo.

241 Utiliza el autor los términos *harm* and *wrong* en un sentido afín a como los utiliza Feinberg, según se verá. En FEINBERG (1984).

242 Moore distingue, en materia penal, entre las “*right-based norms*” y las “*duty-based norms*”. Las primeras serían aquellas que imponen un deber que deriva de un derecho, por ejemplo, del derecho de una persona de no ser afectada en su integridad corporal. Un ejemplo de las segundas, propone, serían precisamente aquellas normas que prohíben los malos tratos a los animales, siendo las primeras, las del deber derivativo del derecho, las más serias.

243 Pone el autor como ejemplo el caso de que un arma poderosa mate a cinco víctimas de un solo disparo, situación en la que, si bien la acción es una, y la norma es una, se considerará que concurren cinco conductas antijurídicas y no sólo una, por cuanto se ha afectado la vida de cinco individuos, particularmente considerados, y no “la vida” en términos abstractos. En sentido contrario, y motivando la respuesta de Moore, FLETCHER, George P. (1999) “The Place of Victims in the Theory of Retribution”, en *The Buffalo Criminal Law Review* 3 No 1 (1999). pp. 51-64.

la víctima tendría también relevancia al momento de determinar la pena, toda vez que habrá de considerarse la extensión del daño que el autor le hubiere, conscientemente, causado.

Con todo, la solución de comprender el bien jurídico *qua* derecho subjetivo importa serios problemas. En efecto, y sin perjuicio de la coherencia que aparentaría un sistema como el así descrito, éste adolece de un error constituyente: confundiría el sistema de normas penales, propias del Derecho público, con el sistema de relaciones jurídicas entre privados. En efecto, una vinculación directa entre bien jurídico y derecho subjetivo, que bien podría funcionar si se tratase de relaciones entre privados – en esquema hohfeldiano, de derechos y deberes en clave de contrapartida, como se verá más adelante<sup>244</sup> –, no resulta igualmente correcto a la luz del estatus que exhiben las normas de comportamiento de Derecho penal, en tanto normas de Derecho público, cuya consecuencia principal es la del establecimiento de una relación jurídica entre autor y Estado, y no entre autor y víctima<sup>245</sup>.

De todo lo antes dicho, es posible advertir que la idea de bien jurídico *qua* derecho subjetivo resulta, a lo menos, problemática, y no responde a la cuestión aquí planteada. Dicho de otro modo, la titularidad de un derecho subjetivo – afectable por un ilícito penal – no es condición necesaria y suficiente para que una determinada entidad pueda constituirse en víctima, es decir, para la víctima potencial. A continuación, en consecuencia, se favorecerá una idea distinta, cual es la de que el elemento clave para la titularidad del bien jurídico es, más bien, la posesión de un *interés*, y no de un derecho subjetivo. A continuación, esta tesis en mayor detalle<sup>246</sup>.

---

244 HOHFELD, Wesley Newcomb (1913) Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal reasoning, 23 Yale L. J., 2010.

245 Así, entre otros, MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2014b) “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 2, pp. 473-522; (2014c) “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N1 2, 2014, pp. 21-70. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; (2020) *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal chileno*, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, pp. 225 y ss., y (2021) “Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del Derecho penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 48, N° 2.

246 Con todo, aquí se explorará la tesis del bien jurídico *qua* interés únicamente en la medida en que resulta necesario para la construcción del concepto de víctima desde una perspectiva ontológica, por cuanto el asunto será explorado, en mayor extensión y profundidad, en el capítulo siguiente.

## 5.2. Las condiciones necesarias y suficientes, desde una comprensión del bien jurídico *qua* interés

Conforme lo adelantado, y habiéndose descartado la titularidad de derechos subjetivos como condición necesaria y suficiente para el rol de la víctima en potencia, deviene posible sugerir que, más bien, es la titularidad de *intereses jurídico-penalmente protegidos* lo que se constituye como condición necesaria y suficiente para predicar de alguien la calidad de víctima potencial, en el entendido de que el bien jurídico – del que la víctima es titular – es, precisamente, dicho interés.

De conformidad a este entendimiento, el panorama subjetivo penal se configuraría de la siguiente manera: el *sujeto activo* es aquel sobre quien recae el deber de acción, o de omisión, que impone la norma de comportamiento jurídico-penal; el *Estado*, por su parte, es el titular del derecho a que dichos sujetos cumplan con su deber de omisión o de acción, según corresponda; y la *víctima* será, finalmente, aquella entidad cuyo interés es protegido penalmente, *qua* bien jurídico – todo lo cual armoniza plenamente, como se verá en el capítulo siguiente, con las teorías del bien jurídico y del *harm principle*, ambas fundamentales para la comprensión y legitimación del delito –.

Como consecuencia de todo lo anterior, resulta posible sugerir entonces que, la condición necesaria y suficiente para ser una *víctima potencial* – es decir, *ex ante* al quebrantamiento de la norma de comportamiento – se vincula de manera directa con la capacidad de una determinada entidad para la posesión de intereses cuya protección se encuentre penalmente reforzada. En un momento siguiente – *ex post* al quebrantamiento de la norma de comportamiento –, la entidad en cuestión habrá de, además, ser capaz para la posesión de los derechos subjetivos que derivan del estatus de víctima. Puesto de otro modo, para que una determinada entidad pueda devenir víctima, es necesario que: a) sea capaz de poseer *intereses subjetivos jurídico-penalmente tutelados*, y b) sea capaz de ser titular de los *derechos subjetivos* que derivan del estatus de víctima.

De esta forma, el riesgo de la regresión hacia las teorías que explicarían el injusto penal a través de la ofensa de derechos subjetivos – como lo entendiere en su momento Feuerbach, según se verá – queda totalmente neutralizado, merced el reconocimiento del *interés* como elemento explicativo del nexo de titularidad entre víctima y bien jurídico.

Ahora bien, siendo la víctima la titular del bien jurídico, y dando por bueno que, para ello, la condición necesaria y suficiente es la de ser capaz de poseer intereses cuya protección

se encuentre jurídico-penalmente reforzada, corresponde avanzar hacia determinar si los animales, a efectos de que pueda predicarse de ellos la posibilidad de ser de víctima, son capaces de poseer intereses penalmente relevantes.

Mas, con todo, ¿qué sucede con la especie, o el tipo de entidad, en términos ontológicos? Pues bien, todo lo aquí visto permite sugerir que la especie<sup>247</sup>, o el tipo de entidad en términos generales, no correspondería a un elemento esencial de la categoría jurídico-penal de víctima, sino que sería uno meramente accidental. Siendo ello así, y de cumplirse con las condiciones arriba mencionadas, nada obstaría a que entidades distintas a la persona, natural o ficta, puedan ostentar la calidad de víctima.

Así entonces, habiéndose establecido como condición necesaria y suficiente para la víctima potencial la capacidad para la posesión de intereses penalmente protegidos, y habiéndose despejado la cuestión sobre la especie, corresponde ahora determinar si los animales son capaces para la posesión de dichos intereses. La pregunta respecto a su capacidad para la titularidad de los derechos subjetivos propios del estatus de víctima – *ex post* el quebrantamiento de la norma de comportamiento – será abordada en el capítulo cuarto, según se verá.

## **6. Animales e intereses**

Habiéndose establecido ya la idea de que la condición necesaria y suficiente para la víctima potencial es la capacidad de poseer intereses penalmente protegidos, corresponde ahora determinar si los animales pueden, o no, ser capaces de poseer intereses que cumplan con dicha cualidad. Para ello, resulta imprescindible revisar, en primer lugar, la noción de interés, en términos generales, para, en segundo lugar determinar la factibilidad de su posesión por parte de los animales, y en base a qué ello sería posible.

### **6.1. La noción de *interés***

En primer lugar, bien vale aclarar que la noción de interés a la que me refiero aquí es

---

<sup>247</sup> Utilizo el término “especie” en su sentido biológico, esto es, como “los grupos de poblaciones naturales con cruzamientos entre sí que están aisladas reproductivamente de otros grupos”, así definido por MAYR, Ernst (1991) *One long argument, Charles Darwin and the genesis of modern evolutionary thought*, Harvard University Press, citado en DE HARO, Juan José (1999) “¿Qué es una especie?”, *Bol. S.E.A.*, n° 26, 1999. pp. 105-112. p107. Barcelona.

aquella acepción proveniente del latín *interesse*, traducible como “importar”<sup>248</sup>. Un interés subjetivo es algo que “importa” a su poseedor.

Así Kleinig, focalizando, distingue tres posibles usos, o tres sentidos, en que pueden ser entendidos los intereses<sup>249</sup>:

- 1º sentido: “X está interesado en Y”, con lo que refiere una inclinación a prestar atención a determinada cosa, por lo que se trata de un fenómeno netamente psicológico. La falta de interés, en este sentido, se identifica con el “desinterés”;
- 2º sentido: “X tiene un interés en Y”, con lo que refiere al objeto de un deseo humano, y
- 3º sentido: “Y es en interés de X”, con lo que refiere no ya a un deseo humano, por cuanto lo que es “en interés” de alguien no necesariamente se identifica con su deseo. Se trata aquí de los intereses de *bienestar*.

Según el autor, este último tipo de intereses corresponden, en términos generales, a la ausencia de defectos y a un normal funcionamiento, principalmente físico. En el caso de los animales, los intereses de bienestar referirían principalmente, indica Kleinig, a la ausencia de enfermedades y deformidades, mientras que en los humanos la noción adquiere mayor riqueza, en tanto se suman a los intereses de bienestar otros de carácter ulterior, entre los que se incluirían, p.ej., la salud mental y corporal; un adecuado desarrollo intelectual; la posibilidad de disponer de recursos materiales; el desarrollo y mantención de relaciones interpersonales; además de un justo grado de libertad, entre otras<sup>250</sup>.

Aún más iluminadora resulta la caracterización del interés que, a su turno, realiza Feinberg, para quien los intereses son “colecciones misceláneas”, consistentes en todas aquellas cosas en las que uno tiene una participación (*a stake*, en palabras del autor) y que son componentes distinguibles del bienestar de una persona<sup>251</sup>. Estos intereses, agrega, pueden verse bloqueados o subyugados tanto por eventos de la naturaleza como por la sola mala suerte, pero sólo pueden verse “invadidos” por otro ser humano – entendiendo la invasión como un ejercicio volitivo por parte del invasor. Advierte, además, que dado

---

248 Así, según el diccionario de la RAE, disponible en <https://dle.rae.es/inter%C3%A9s>.

249 KLEINIG, John (1978) “Crime and the Concept of Harm”, en *American Philosophical Quarterly*, Jan. 1978, Vol. 15, No. 1, pp. 27-36, p. 28.

250 KLEINIG (1978), p. 31.

251 FEINBERG (1984), pp. 31 y ss.

que los intereses de titularidad de diversos poseedores están en constante e inevitable conflicto, todo sistema jurídico debe, necesariamente, incorporar elementos de juicio comparativo respecto a la importancia de los disímiles intereses.

Ahora bien, para determinar qué tipo de intereses son relevantes jurídicamente, es decir, qué intereses ameritan una protección por parte de un determinado sistema jurídico, ya sea en general o, más particularmente, en materia penal, Feinberg distingue entre los intereses “instrumentales”, los de “bienestar” y los “objetivos focalizados”, construyendo así lo que identifica como un *interest network*<sup>252</sup>.

Los intereses “instrumentales” son aquellos consistentes en meros medios, o condiciones necesarias, para progresar hacia el cumplimiento de intereses compuestos por objetivos más avanzados. Este sería el caso, v.g., de intereses tales como el tener tiempo suficiente para hacer deportes o para comer saludablemente, ambos intereses mediales que promueven un interés ulterior y de mayor rango, como sería el de gozar de una buena salud, claramente más general, estable y permanente.

Los intereses de “bienestar” (*welfare interests*, en su original), en congruencia con lo sostenido por Kleinig, tienen para Feinberg el carácter de *bare minima*, y dicen relación con el alcance y mantención de niveles mínimos de salud física y mental; la posesión de recursos materiales y económicos, y de libertad política, todos elementos necesarios para, nuevamente, lograr bienes superiores determinados por objetivos aún más ulteriores, identificados por el autor como de *well-being*. Los de bienestar son, en resumen, condiciones no sólo necesarias, sino que indispensables, pero no suficientes, para el *well-being*.

Finalmente, están los intereses compuestos por “objetivos ulteriores”, los de *well-being*, o también identificados por el autor como *focal aims*, que son aquellos que tienen por finalidad “alcanzar la prosperidad”, y que tiene un carácter de fin-en-sí-mismo, es decir, están dotados de un valor ya no meramente instrumental. Ejemplos de ellos son la felicidad, el éxito profesional, la paz interior, la formación de una familia, el escribir un libro, entre otros.

Los animales y los niños, según Feinberg, poseen intereses de “bienestar”, pero carecen de *focal aims*. En efecto, animales no humanos y niños no poseerían intereses ni bienes superiores a los requerimientos básicos de simple supervivencia, los que son

---

252 FEINBERG (1984) Cap. I, pp. 60-61 (particularmente, en lo relativo al diagrama de la red de intereses).

identificables, *grosso modo*, con necesidades tales como las de alimentación; de estar libres de parásitos, de microbios y depredadores, entre otras. Sin embargo, remarca el autor, si bien se trata de intereses del tipo *welfare*, para estas entidades son, en realidad, de *well-being*, en tanto carecen de intereses ulteriores<sup>253</sup>.

Así entonces, el bienestar ulterior de niños y animales consistiría en tener la capacidad de realizar todo aquello que “se les da naturalmente” a través de una vida normal, y que logran y realizan *ipso facto* mediante y durante la persecución del bienestar mismo. Dicho de otro modo, la persecución y logro de su bienestar, es, en sí mismo, su interés ulterior.

DeGrazia, por su parte, identifica en los animales intereses tales como el ser libre y el permanecer con vida, además de poder realizar las conductas propias de cada especie relevando, particularmente, el evidente interés que poseerían los animales en la evitación de sufrimiento, propio de toda criatura capaz de experimentarlo, es decir, de toda criatura dotada de la capacidad de sintiencia<sup>254</sup>.

Ahora bien, de los diversos intereses posibles, ¿cuáles de todos habrían de ser protegidos por el Derecho y cuáles, más específicamente, ameritarían protección por parte del Derecho penal?

Recurro aquí nuevamente a Feinberg, quien identifica diversos tipos de intereses jurídicamente protegibles, entre los cuales se encontrarían los “intereses de la personalidad”, esto es, aquellos vinculados con la ausencia de dolor físico y emocional, la libertad y la ausencia de daño físico por parte de terceros; los “intereses de propiedad”, como sería el gozo exclusivo sobre una cosa, o la posesión de tierra y ganado; los “intereses de reputación”; los “intereses en relaciones domésticas”, v.g. de solidaridad familiar y fidelidad marital, como también los “intereses en la privacidad”, vinculados a la ausencia de intrusión en la esfera privada.

Con todo, indica, si bien muchos de estos intereses merecen y efectivamente encuentran reconocimiento y protección en el Derecho, no todos ameritarían ser protegidos a través del Derecho penal. Así, por ejemplo, sostiene el autor que intereses ulteriores tales como

---

253 Ello sin perjuicio de, según reconoce el autor, existan animales no-humanos dotados de niveles de conciencia más sofisticados, como los primates, que exhibirían la capacidad de poseer algunos intereses de *well-being* a los que, con todo, estima como primitivos en comparación a los estándares humanos. Se trataría, en su opinión, de deseos conscientes y objetivos rudimentarios, insuficientes para ser calificados como ulteriores. Sobre los intereses – y los derechos – de los grandes simios, véase CASAL, Paula y SINGER, Peter (2022) *Los derechos de los simios*, Ed. Trotta, Madrid, 2022.

254 DEGRAZIA, David (2014) “What is Suffering and What Sort of Beings Can Suffer?” en *Suffering and Bioethics*, Eds. GREEN, Ronald M. and PALPANT, Nathan J. (2014), Oxford University Press.

escribir un libro o, derechamente ser feliz, no ameritan una protección penal directa, por cuanto la protección penal debería alcanzar sólo a intereses de bienestar del tipo más vital, como son la salud, la libertad, la propiedad y la privacidad<sup>255</sup>.

A los anteriores, suma un segundo tipo de intereses protegibles por el Derecho penal, ya no intereses de carácter personal o individual, sino de carácter público. Se trata, en efecto, de aquellos a los que denomina “*public interests*”, intereses de aptitud colectiva en tanto son compartidos por un alto número de individuos, y que ciertamente merecen y encuentran protección penal. Distingue aquí dos grupos básicos. Un primer grupo, compuesto por intereses que, si bien revisten una gran importancia para los individuos, son a su vez ampliamente compartidos, a tal punto que dejan verse como intereses de la comunidad toda, como sería el caso del interés en la paz pública, en la salud pública, en la seguridad nacional y la buena marcha de la economía, entre otros. El segundo grupo, por su parte, se vincularía más bien con intereses de la autoridad, como son la evitación del fraude tributario, del perjurio, y de las fugas de prisión, p. ej., entre otros. Con todo, ambos grupos corresponden, finalmente, también a intereses individuales de los ciudadanos<sup>256</sup>.

Von Hirsch, por su parte, entiende al interés penalmente relevante como, al mismo tiempo, un *recurso* y una *pretensión*. Así, define interés como “un recurso sobre cuya integridad tiene una pretensión la persona involucrada”<sup>257</sup>, de manera que una conducta lesiva implicaría “el menoscabo de un recurso a cuya existencia indemne tiene derecho otra persona”. Para aclarar, define el término *recurso* como “un medio o una capacidad que, en el caso normal, posee un cierto valor para el mantenimiento de un estándar de calidad de vida”, como sería el caso, p. ej., de la integridad corporal y de la propiedad<sup>258</sup>. No se trataría, al menos no necesariamente, de un medio o capacidad material, y se encuentra acotado, en tanto proveedor de “calidad de vida”, a una dimensión temporal, por cuanto el menoscabo al mismo implicaría una desmejora en la calidad de vida del afectado, durante un determinado lapso<sup>259</sup>.

Así entonces, las nociones de interés aportadas principalmente por Kleinig, Feinberg y

---

255 FEINBERG (1984), pp. 61 y ss.

256 *Ibid.*

257 VON HIRSCH (2003), p. 42.

258 *Ibid.*

259 *Ibid.*



DeGrazia permiten sostener que los animales pueden ser reconocidos como poseedores de intereses y, más aún, que pueden serlo de intereses jurídicamente relevantes, en términos generales y, particularmente, de intereses penalmente relevantes. Resta aclarar, para mayor suficiencia del argumento, en base a qué atributo, concretamente, los animales serían capaces de dicha posesión.

## **6.2. La *sintiencia* como condición necesaria y suficiente para la posesión de intereses**

Como he sugerido a lo largo de los últimos acápites, la noción de interés y, particularmente, la capacidad de poseer intereses resulta clave para ocupar el estatus jurídico penal de víctima, desde su fase potencial<sup>260</sup>. Conjuntamente, he sugerido que los animales son, efectivamente, poseedores de intereses penalmente relevantes. Empero, ¿cuál sería el atributo, presente en los animales, que les haría poseedores de estos intereses?

Pues bien, el atributo que permite y explica la posesión de intereses – o, al menos por lo pronto, de los intereses de bienestar que nos convocan en materia penal – descansaría en la *sintiencia*, esto es, en la capacidad de experimentar dolor y sufrimiento<sup>261</sup>, así como placer y felicidad – capacidad cuyo reconocimiento ha motivado, precisamente, la creación de los tipos penales de maltrato animal –<sup>262</sup>.

Si bien el término “sintiencia” no ha sido acogido de manera formal por la lengua hispana, siendo en general traducido del inglés *sentience* como “sensibilidad”, lo cierto es que el término “sintiencia” denota una mayor especificidad que la mera sensibilidad y, en más, ha jugado un rol fundante en materia de la consideración, moral y jurídica, de los animales<sup>263</sup>. En efecto, el término “sensibilidad” es definido por la RAE como “la facultad

---

260 Con todo, como se verá en los capítulos siguientes, la posesión de intereses resulta central también en la noción de bien jurídico (capítulo tercero) y en la de derechos subjetivos (capítulo cuarto).

261 Sobre la capacidad de experimentar sufrimiento, en particular, resulta revelador DEGRAZIA (2014).

262 Así, según lo visto en el capítulo anterior. Con todo, cabe aclarar que la *sintiencia* sería la condición necesaria y suficiente para que los animales puedan poseer intereses penalmente relevante, por lo que ello no pretende, en caso alguno, explicar la posesión de intereses penalmente relevantes de otras entidades que, si bien son efectivamente poseedoras de tales intereses, carecen de capacidad de *sintiencia*, como es el caso de las personas jurídicas, los patrimonios, entre otras entidades afines. Para ellas, la condición necesaria y suficiente habrá de encontrarse en razones diversas, que escapan a los objetivos del presente trabajo.

263 Así, entre muchos otros, en BROZEK, Bartosz (2017) “The Troublesom Person” y en PALAZZANI, Laura (2017) “Person and Human Being in Bioethics and Biolaw”, ambos en V.A.J. Kurki, T. Pietrzykowski (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Springer International Publishing AG (2017) Law and Philosophy Library 119. pp. 105 y ss; en SINGER

de sentir, propia de los seres animados”<sup>264</sup>, mientras que la sintiencia, o *sentience*, consistiría en “*the quality to being able to experience feelings*”, según el Cambridge Dictionary<sup>265</sup>. Así entonces, mientras la sensibilidad podría predicarse de todos los organismos vivos, como podría ser el caso también de ciertas plantas, insectos y otros, la sintiencia requiere de la presencia de ciertos atributos, por cierto más sofisticados, que faciliten la “experimentación” de lo que la mera sensibilidad arroja.

Lo anterior encuentra apoyo empírico en los avances científicos que han demostrado que, al menos los animales vertebrados y algunos invertebrados con un lato desarrollo cerebral, como los cefalópodos, son capaces de experimentar varios tipos de fenómenos de conciencia (entre ellos, como mínimo, dolor, placer, felicidad, estrés y miedo), lo que deriva en que sus vidas puedan ser, subjetivamente, buenas o malas y puedan, por tanto, devenir en mejoradas o empeoradas según la situación que atraviesen y los estímulos que enfrentan y que impactan, de manera directa, en sus intereses subjetivos. Como enfatiza Kurki, “*Things matters only to sentient beings*”<sup>266</sup>.

En el mismo sentido, Pietrzykowski afirma que la capacidad de sintiencia es, por excelencia, la que da origen a intereses relativos a la calidad – subjetiva – de la vida que se experimenta<sup>267</sup>.

Así entonces, resulta posible sostener que es esta capacidad, más allá de cualquier otra que de los animales se pudiere predicar – como, p.ej., la posesión de ciertos niveles de conciencia y de intelectualidad; de ciertas capacidades sociales, o de estados

---

(1975); FRANCIONE, Gary (1995) *Animals, Property and the Law*, Temple University Press, y WISE, Steven (2000) *Rattling the Cage. Towards Legal Rights for Animals*, A Merloyd Lawrence Book, Da Capo Press. Philadelphia.

264 Recurso disponible en <https://www.rae.es/drae2001/sensibilidad>

265 Recurso disponible en <https://dictionary.cambridge.org/fr/dictionnaire/anglais/sentience>

266 KURKI, Visa (2017b) “Why Things Can Hold Rights: Reconceptualizing the Legal Person”, en V.A.J. Kurki, T. Pietrzykowski (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Springer International Publishing AG (2017) Law and Philosophy Library, pp. 68 – 89, p. 80.

267 PIETRZYKOWSKI, Tomasz (2017c) “Animal Rights”. Artículo presentado en la International Conference *RIGHTS FOR THE 21ST CENTURY? EXPLORING THE NEED FOR “NEW” HUMAN RIGHTS*, Tallinn, Septiembre 2017, parte del Proyecto de investigación HUR-MUR, financiando por la European Commission under the Horizon 2020, Twinning Programme.

intencionales<sup>268</sup>, o de adoptar decisiones morales o de, incluso, poseer dignidad<sup>269</sup> –, es la que, por antonomasia, fundamentaría su merecimiento de consideración moral y jurídica<sup>270</sup>, funcionando como director normativo con una base empírica, incuestionable. Sin ir más lejos, el reconocimiento de la sintiencia en los animales ha sido la manera en que no pocos ordenamientos jurídicos han dado el paso hacia una consideración de aquellos como algo distinto a meros bienes apropiables<sup>271</sup>, motivando, entre otras cosas y como se vio en el capítulo anterior, un reproche a la causación de dolor o sufrimiento a los mismos.

En síntesis, la capacidad de sintiencia condicionaría la posesión de intereses de la siguiente manera: si una determinada entidad posee capacidad de sintiencia, entonces goza también de la capacidad de poseer intereses subjetivos, intereses que habrían de ser tomados en consideración por la sociedad, en general, y por el Derecho, en particular. De esta forma, la capacidad de sintiencia resulta ser, sin lugar a dudas, la condición necesaria y suficiente para la posesión de intereses y<sup>272</sup>, por tanto, la precondition necesaria y suficiente para ostentar el estatus de víctima potencial.

De hecho, ello ya se encuentra así recogido en diversos sistemas jurídicos, de *lege lata*. En concreto, es posible sugerir – por lo pronto – que los intereses *de bienestar* de los animales ya reciben protección penal, lo que se refleja en las diversas tipificaciones penales que sancionan los malos tratos ejercidos en contra de aquellos protegiendo, en términos generales y como se vio en el capítulo anterior, la integridad del animal<sup>273</sup>.

---

268 En este sentido, v. g. SEARLE, John R. (1994) “*Animal Minds*”, en *Midwest Studies in Philosophy*, pp. 206-219; así como también en MAÑALICH, Juan Pablo (2020) “*Animalhood, interests and rights*”, en *Journal of Human Rights and the Environment*. Vol. 11 No. 2, September 2020, pp. 156–172. Por ejemplo, en lo relativo a la posesión de estados intencionales relevada por Mañalich, si bien considero correcta la afirmación en orden a que ello permitiría la posesión de intereses, la aseveración de que ello constituye “la” condición necesaria al efecto me parece menos clara, no necesariamente por su falta de verdad, sino debido a la mayor dificultad que representa, teórica y pragmáticamente, la prueba de su presencia en las muy distintas especies, todo lo cual haría, a mi juicio, muchísimo más aconsejable privilegiar, sin más, la capacidad de sintiencia.

269 Críticamente, sobre la utilización de la noción de dignidad, en LEIVA ILABACA, Carolina (2021) “*Animales y dignidad. Un análisis crítico*”, en *Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais*, Salvador de Bahía, v. 4, n. 1, jan.-jun., 2021, pp. 95-114.

270 En este sentido, es fundacional la frase de Bentham en orden a que no importan las capacidades intelectuales de los animales, ni su capacidad de hablar, sino, solamente, si tienen la capacidad de sufrir. En BENTHAM, Jeremy (1781) *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Batoche Books, Kitchener, 2000.

271 En mayor profundidad, en BLATTNER (2021), pp. 71 y ss.

272 En armonía con lo propuesto por autores como Kurki, Pietrzykowski, Favre y Kramer, como se verá, en detalle, en el capítulo cuarto.

273 Así sugerido, como se verá, en LEIVA ILABACA, Carolina (2018a) “*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 GALLEGU,

Para el caso chileno, particularmente, lo aquí sostenido no resulta ni disruptivo ni problemático. En efecto, en el marco de la actual configuración penal y procesal penal, un entendimiento de la víctima como el aquí sugerido, es decir, uno que incorpora a los animales, permitiría transitar, modestamente, hacia una *extensión* de la interpretación del artículo 108 del CPP (2000), en su definición de qué ha de entenderse por víctima. Con todo, ello no obsta a que dicha extensión interpretativa pueda, eventualmente, ameritar la introducción de determinadas modificaciones a la normativa vigente, como reclamo de *lege ferenda*, a efectos de dar coherencia a la base teórica aquí presentada, en consonancia con lo dispuesto en el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal<sup>274</sup>. Exactamente la misma situación es predicable del ordenamiento jurídico español y la sanción penal de los malos tratos contenida en los artículos 337 y siguientes de Código Penal, como se demostrará, largamente, en los capítulos siguientes.

## Conclusión

En el presente capítulo he abordado el concepto de “víctima” desde una perspectiva general; una perspectiva penal; una histórica, y una analítica. Así, partiendo por el origen etimológico y los usos generales a los que el concepto ha servido históricamente, he mostrado cómo, al menos inicialmente, tanto humanos como animales tendrían cabida en dicho estatus.

Posteriormente, desambiguando la categoría jurídico penal de víctima del concepto general, se ha mostrado cómo, sobre todo en los últimos dos siglos, el estatus de víctima ha sido entendido como uno solamente atribuible a la persona humana, individual o colectivamente considerada, dejando fuera a entidades tales como los animales, situación de lo que darían cuenta las regulaciones, tanto a nivel nacional como internacional, aquí examinadas.

---

Javier (Eds.) *Derecho Animal. Teoría y práctica*, Ed. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018, pp. 405-426 y MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2018) “Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos de derecho”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XXXI – N° 2 – diciembre 2018, pp. 321-337. Volveré sobre ello en extenso, en capítulos tercero y quinto.

274 A título de ejemplo, resulta ilustrativo lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 108 del CPP 2000, por cuanto su actual redacción dificultaría, al menos inicialmente, la representación o subrogación de una víctima no-humana, lo que ameritaría una eventual modificación. En efecto, su actual redacción se enfocaría de manera inequívoca, como se vio *supra*, en la víctima humana, dadas las relaciones de parentesco que ahí se explicitan y que no aplicarían a aquellas existentes entre animales y humanos.

He sugerido, además, que el concepto de víctima admitiría ser entendido como “el “sujeto titular de un bien jurídico protegido por una norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada, que se constituye en tal desde el momento en que ocurre la afectación de dicho bien jurídico”. Partiendo de tal definición, y a objeto de determinar, analíticamente, cuáles serían las condiciones necesarias y suficientes para ostentar el estatus de víctima, he distinguido, inicialmente, dos momentos: el de la víctima potencial (*ex ante* el quebrantamiento de la norma de comportamiento), para el cual identifico como condición necesaria y suficiente la capacidad de poseer *intereses penalmente protegidos*; y el de la víctima propiamente tal (*ex post* el quebrantamiento de la norma de comportamiento), para el que identifico como condición necesaria y suficiente la capacidad de poseer *derechos subjetivos*.

Luego de ello, y habiendo analizado la noción de “interés” tanto en términos generales como jurídicos, he sostenido que los animales son, ciertamente, poseedores de intereses penalmente protegidos, y que lo son en base a su capacidad de “sintiencia”, entendida como la capacidad de experimentar dolor y sufrimiento, así como placer y felicidad, lo que se encontraría, además, refrendado de *lege lata* mediante la sanción penal de los malos tratos ejercidos en contra de aquellos, contemplada en gran parte de los sistemas jurídicos y en, particularmente en lo que aquí convoca, el chileno y el español.

Asimismo, se ha sostenido que la comprensión de la víctima aquí favorecida no resulta disruptiva, sino que sólo representa una extensión de la interpretación original del término. En el capítulo siguiente, se abordará la cuestión relativa al bien jurídico protegido, como elemento nuclear en la determinación de la víctima *ex ante*, para luego, en el capítulo cuarto, abordar la cuestión de los derechos subjetivos, cuestión fundamental para el estatus de víctima desde una perspectiva *ex post*.

# CAPÍTULO TERCERO: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

*“(…) Y puesto que la importancia de los conceptos fundamentales radica en atribuir valor científico al conocimiento jurídico, va de suyo que no hace buena ciencia jurídica quien analiza un delito desprovisto de bien jurídico, salvo en lo indispensable para denunciar y criticar la falencia”<sup>275</sup>*

## Introducción

En el capítulo anterior he sostenido que la víctima en materia penal ha de ser entendida como el “sujeto titular de un bien jurídico protegido por una norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada, que se constituye en tal desde el momento en que ocurre la afectación de dicho bien jurídico”, para lo cual se ha anticipado una comprensión de este último como la de un “interés jurídico-penalmente protegido”.

Con todo, para avanzar en la determinación de si los animales no-humanos pueden ser considerados titulares de un determinado bien jurídico y exhibir, por tanto, el estatus de víctima, resulta imprescindible explorar la noción de bien jurídico y, particularmente, su concepto desde una perspectiva ontológica.

Así, con el objetivo de analizar el concepto de bien jurídico, inicio el presente capítulo abordando el estudio del mismo desde dos perspectivas: en primer lugar, desde una revisión de su evolución histórica y, en segundo, desde su rol en el Derecho penal como elemento funcional, es decir, a partir de las funciones que se le han atribuido actual e históricamente. En lo funcional, distinguiré dos grandes perspectivas, a las que identifico con las funciones dogmáticas y las funciones axiológicas del bien jurídico. Aquí se abordarán las críticas que se dirigen a la postulación de funciones axiológicas, explorándose algunos de los remedios que parte de la doctrina propone al efecto.

---

275 GUZMÁN DALBORA, José Luis (2010), “Estudio Preliminar” en BIRNBAUM, Johann Michael Franz (2010), *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Editorial B de F Ltda, Montevideo, Colección Maestros del Derecho penal, N° 32, p. 30.

A continuación, se analizará qué es el bien jurídico desde una perspectiva ontológica, para favorecer, en definitiva, una comprensión “interescentrista” del mismo, es decir, *qua* interés jurídico-penalmente protegido, vinculándolo así a la titularidad de la víctima. Para ello recurriré al auxilio del *harm principle*, principio limitador del *ius puniendi* estatal propio de la tradición jurídica y filosófica anglosajona, que basa su doctrina fuertemente en la noción de interés, todo lo cual permitirá sugerir, finalmente, una posible titularidad de bienes jurídicos penalmente protegidos por parte de los animales y, por tanto, su consideración como víctimas de ilícitos penales.

## 1. Evolución histórica de la teoría del bien jurídico

Para alcanzar un correcto entendimiento de la teoría del bien jurídico, resulta imprescindible abordar su evolución en el marco de los diversos contextos históricos en que dicho desarrollo ha tomado lugar. En efecto, las diversas teorías sobre su existencia, su naturaleza y sus funciones no sólo han respondido a una búsqueda por mejorar su rendimiento dogmático, sino que también, e incluso en mayor medida, han perseguido hacer frente a situaciones y problemas políticos, sociales y económicos puntuales de cada época, inspirando y nutriendo de necesidad y contenido a cada construcción teórica<sup>276</sup>. Dicho de otro modo, cada teorización del bien jurídico es una “digna hija de su tiempo”.

En concordancia con ello, a continuación se ofrece una reconstrucción histórica de la evolución de la teoría de bien jurídico tomando como base, en parte, el importante aporte histórico-dogmático hecho por autores como Bustos, Hormazábal y Jakobs, entre otros<sup>277</sup>.

Con todo, previo a ello parece conveniente, para alcanzar una mejor comprensión de los vaivenes teóricos que ha experimentado el bien jurídico, invocar la distinción ofrecida por Bustos entre lo que, considera, son las dos grandes tendencias que buscarían explicar su naturaleza: así identifica, por una parte, una tendencia que atribuye al bien jurídico una naturaleza *inmanente* a la norma y, por otra, una tendencia compuesta por teorías que estiman que el bien jurídico es, más bien, *trascendente* a la norma<sup>278</sup>.

---

276 Así en PAWLIK, Michael (2016) “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”, en *InDret* 2/2016, Barcelona, pp. 1-15.

277 Sobre la evolución dogmática del bien jurídico, ampliamente también en MIR PUIG (2002), *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª edición, Montevideo – Buenos Aires, 2002; y también en HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco (1989) *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

278 Así, en BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1987) *Control social y Sistema Penal*, Editorial Artemis, Bogotá, 2012, p. 92, también en BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1994) *Manual de derecho penal. Parte general*, Editorial PPU, Barcelona, 1994, pp. 100 y ss.

Las tendencias *trascendentalistas*, en primer lugar, serían reconocibles tanto en teorías de índole *iusnaturalista*, que descansan sobre la idea general de que el Estado protege jurídico-penalmente ciertos objetos que surgen de la naturaleza de las cosas, como sería el caso de la vida, el honor y la salud, y cuyo primer gran exponente es, como se verá, Franz Birnbaum; como también en teorías de índole *político-criminal*, que favorecerían la idea de que los bienes jurídicos surgirían, más bien, de la vida social, atribuyendo al Derecho sólo la tarea de reconocerlos, y cuyo gran representante sería Franz von Liszt. Las tendencias *inmanentistas*, por su parte, se dejarían ver en aquellas teorías que sitúan al bien jurídico al interior de la norma jurídica y no fuera del sistema jurídico, como sugieren las trascendentalistas. Aquí, como se verá, resulta fundante el aporte de Karl Binding<sup>279</sup>.

En estrecha relación con esta primera distinción introducida por Bustos, el mismo autor propone una segunda, vinculada esta vez con la identificación y determinación de quién ostenta la titularidad del bien jurídico. Así, mientras para un sector de la doctrina, identificable con las tendencias *inmanentistas*, el titular indiscutido del bien jurídico es el Estado, para las tendencias *trascendentalistas*, en cambio, la titularidad del bien jurídico corresponde, más bien, al individuo<sup>280</sup>.

En la misma línea, aunque vinculando más directamente el bien jurídico con la *ratio* de un determinado injusto penal (lo que, como se verá más adelante, se conecta con las funciones críticas del mismo), Feijoo sostiene que en la cuestión sobre el trasfondo del bien jurídico se enfrentan dos grandes posturas: una primera, que versa sobre la explicación del injusto en la protección de bienes jurídicos<sup>281</sup>, y una segunda, en que la justificación vendría dada por la prevención del quebrantamiento de la norma y la protección de su vigencia<sup>282</sup>. Con todo, sugiere el autor, con Bustos, que ninguna de estas

---

279 Cabe hacer presente la advertencia de Bustos en cuanto a que, con todo, no se trata de tendencias absolutamente inconexas, en tanto ambas admiten matices y puntos de encuentro. Considera además – y con ello sienta las bases su teoría material, como se verá –, que ninguna de las tendencias, tomadas stricto sensu, logra explicar de manera cabal el fenómeno del bien jurídico. En efecto, las teorías trascendentalistas, a su juicio, no logran salvar los obstáculos que sobrevienen al intentar precisar la significación dogmática y garantista del bien jurídico, mientras que las inmanentistas, a su turno, terminan por vaciar de contenido al concepto de bien jurídico, despojándolo de toda función material y confinándolo al cumplimiento de funciones secundarias de interpretación y sistematización, contribuyendo a la “espiritualización” o “formalización” del concepto de bien jurídico. Así, en BUSTOS RAMÍREZ (1994).

280 BUSTOS RAMÍREZ (1987).

281 Como en las teorías trascendentalistas, v.g., von Liszt; Hassemer, y Bustos.

282 Como en las teorías identificadas como inmanentistas, p.ej. en Binding, y Jakobs.



posiciones abandona del todo los presupuestos de la contraria<sup>283</sup>, lo que es así reconocido también por gran parte de la literatura, merced la dificultad para encontrar teorías absolutamente puras en torno a la construcción del concepto<sup>284</sup>.

En lo que sigue, se ofrece una reconstrucción histórica del desarrollo y evolución de la teoría del bien jurídico<sup>285</sup>, a lo largo de la cual se identificará, caso a caso, la tendencia que subyace a cada tesis, de conformidad a la distinción esbozada *supra* entre teorías *inmanentistas* y *trascendentalistas*. Así, en lo que sigue se abordará la cuestión de la evolución del bien jurídico distinguiendo, al efecto, tres periodos históricos, cronológicamente ordenados: el nacimiento; el crecimiento, y la maduración del bien jurídico.

## **1.1. Nacimiento: el Iluminismo y la Restauración**

Este primer periodo va desde el momento anterior a la emergencia de la noción de “bien jurídico” en material jurídico-penal, correspondiente al periodo histórico-cultural conocido como “Iluminismo”, hasta el surgimiento de dicha noción, en parte como reacción a la fase anterior, de mano de la etapa conocida como la “Restauración” alemana.

### **1.1.1. El Iluminismo y la protección de derechos subjetivos**

El auge del Iluminismo en Europa, coronado por la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano (Francia, 1789), trajo consigo la imposición de importantes

---

283 De hecho, el autor favorece una comprensión del injusto y de la función del Derecho penal como un complemento entre la protección de bienes jurídicos y la protección de la vigencia y validez de las normas, siendo lo primero una consecuencia de lo segundo. En FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2007) *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid, Editorial Reus, 2007. Una distinción similar es la que introduce Wittig: con el objeto de diferenciar entre las teorías encaminadas a responder a la pregunta sobre la legitimación de la intervención penal, principalmente en el marco del Derecho alemán, la autora distingue entre las “teorías tradicionales”, aquellas de corte clásico liberal que proponen como elemento central la teoría del bien jurídico, y las “teorías funcionales”, en donde el bien jurídico pierde relevancia, cediendo en favor de un objetivo encaminado al mantenimiento de la vigencia de las normas. En WITTIG, Petra (2003) “Teoría del bien jurídico, Harm Principle y delimitación de ámbitos de responsabilidad”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 341-347.

284 Así, p. ej., se evidencia en el trabajo recopilatorio realizado en HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (1991) *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*, Editorial PPU, 1ª Edición, Barcelona, 1991.

285 Así propuesto también en HORMAZÁBAL MALARÉE (1991), pp. 13 y ss. En el mismo sentido, una panorámica de la evolución de la teoría del bien jurídico y de las tensiones entre las teorías materiales o trascendentes, por una parte, y las formales o inmanentes, por otra, también en SZCZARANSKI VARGAS, Federico (2012) “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, en *Política Criminal*, Vol. 7, Nº 14 (diciembre 2012), Art. 5, pp. 378-453.

restricciones al ejercicio del poder estatal frente al ciudadano<sup>286</sup>.

Si bien dichas limitaciones se refirieron a muy diversos ámbitos de la relación entre individuo y sociedad organizada, el impacto en el Derecho penal de las ideas ilustradas derivó, particularmente, en el nacimiento de un sistema penal restringido y limitado por los derechos de los individuos, a cargo ahora de un Estado garante de las condiciones de vida en común y respetuoso de las libertades individuales, todas condiciones indispensables para el afianzamiento de un nuevo orden burgués, propio del naciente modelo económico liberal de mercado. En palabras de Guzmán Dalbora,

“Como corolarios de estos puntos de vista fluyen una definición filosófica del delito que acentúa en él ser una acción que viola derechos ajenos, ora del individuo, ora del Estado; la exigencia, también nativa de la legislación revolucionaria, de que no quepa garantizar la incolumidad de tales derechos ante los ataques más graves de otro modo que con la pena y, finalmente, el requisito de que del castigo de la fechoría no se sigan perjuicios sociales mayores que los derivados de su impunidad”<sup>287</sup>.

En este contexto histórico, Feuerbach (1775-1883) desarrolla su comprensión del injusto penal como *lesión de un derecho subjetivo*<sup>288</sup>. Para el jurista alemán, la pena se justifica sólo en la medida en que responda a una conducta a) lesiva de derechos subjetivos individuales o, b) que lesione o ponga en peligro al Estado en tanto garante de los derechos y libertades individuales<sup>289</sup>. Así, destaca Jakobs, la garantía penal alcanza a “los derechos de las personas y a la Administración central, mas no [a] las condiciones de vida conjunta de las personas en las múltiples relaciones”<sup>290</sup>.

Bajo esta comprensión del delito se produce, naturalmente, una muy considerable restricción del ámbito de lo punible, llevando a la despenalización de delitos históricos como aquellos contra la religión o contra la moral (tal fue el caso, p.ej., de la despenalización del suicidio y de la blasfemia en el Código Penal del Reino de Baviera

---

286 MUÑOZ CONDE, Francisco (1975) *Introducción al Derecho penal*. 4ª reimpresión, Editorial IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2021.

287 GUZMÁN DALBORA (2010), p. 16.

288 VON FEUERBACH, P.J.A.R. (1801) *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. castellana ZAFFARONI, Raúl e HAGEMEIER, Irma, 1ª Ed. Editorial Hammurabi, Buenos Aires (2007).

289 Con fuertes raíces en la teoría del fin del Estado de Kant, según HORMAZÁBAL MALARÉE (1991).

290 JAKOBS, Günther (1978) *¿Protección de bienes jurídicos? Sobre la legitimación del Derecho penal*. Editorial IBdeF, Colección Maestros del Derecho penal. Buenos Aires – Montevideo (2020), pp. 33 y ss.

de 1813, en cuya redacción Feuerbach participó activamente<sup>291</sup>). Se trata, por tanto, de una fundamentación de la protección penal que hace hincapié en los así llamados “delitos contra las personas”, en tanto focaliza el ámbito de intervención penal en aquellos injustos que atentan contra derechos subjetivos (v.g. vida, libertad, integridad física), dejando todo otro atentado a los delitos de policía.

Los “delitos contra el Estado”, por su parte, son también acogidos en la teoría de Feuerbach, por un lado en tanto se reconoce a éste personalidad jurídica – titular, en tanto tal, de derechos subjetivos – y, por otro, en cuanto los delitos en su contra afectan también, de forma mediata, los derechos subjetivos de los individuos<sup>292</sup>.

### **1.1.2. La Restauración alemana como reacción al Iluminismo y el nacimiento del “bien” como respuesta**

En el contexto ilustrado reseñado *supra*, Alemania no experimentó el mismo nivel de desarrollo social y económico de sus vecinos. Así, con posterioridad al Iluminismo – periodo cuyo ocaso se encuentra marcado por la derrota de Napoleón Bonaparte y la celebración del Congreso de Viena (1813), todo bajo la inspiración de devolver a Europa la estabilidad existente de manera previa a la Revolución Francesa –, se da inicio, particularmente en aquella Alemania golpeada y desfavorecida, al periodo conocido como “la Restauración”, etapa fuertemente influenciada por el Romanticismo como corriente cultural<sup>293</sup>.

Durante este periodo, Alemania se encuentra sumida en un profundo desorden político y bajo unas condiciones económicas sumamente desfavorables. La burguesía había logrado afincar su poderío y se erigía como un poder conservador del estado de las cosas, desfavoreciendo un desarrollo socioeconómico que impactara positivamente a todo el territorio y empujando la idea, entre las clases más desfavorecidas, de que un posible retorno a los valores monárquicos pre-revolucionarios vislumbra una alternativa deseable.

---

291 Sin embargo, como indica Hormazábal, estas infracciones, si bien abandonan el ámbito penal, siguen siendo reprochadas en el ámbito de las infracciones policiales.

292 Así explicado en JAKOBS (1978), pp. 41 y ss.

293 Grosso modo, el Romanticismo ha sido caracterizado como un movimiento profundamente anti-racionalista y nacionalista, tendencia contra ilustrada que encontrare expresión en ámbitos tan diversos como la filosofía, la literatura y la teoría política. Para una revista detallada y panorámica del ideario subyacente a este periodo histórico y cultural, véase BERLIN, Isaiah (2005) *Las raíces del Romanticismo* (Trad. MARÍ, Silvina) Editorial Taurus, España (2019).

En el campo del Derecho, la Escuela Histórica del Derecho de von Savigny<sup>294</sup> y Puchta marcaron un retorno hacia las raíces, hacia una comprensión del fenómeno del Derecho como una creación histórica del pueblo, emanada de su espíritu, el *Volksgeist*<sup>295</sup>. El Derecho penal se vio, a su turno, profusamente expandido; ya muy poco importaban los ideales liberales ni las libertades personales.

Ante este escenario, surgieron tesis que intentaron devolver el contenido liberal al Derecho penal y, así, perseverar en la vía de restringir su ámbito de acción, empero, armonizando aquello con el espíritu nacionalista de la época. Así, en 1834, Birnbaum (1792-1877) publica su obra *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, contenedora de una tesis de fuerte contenido liberal restrictiva del *ius puniendi* de la Restauración, y en cuya virtud la conducta delictiva contenida en el injusto penal no lesiona ya derechos subjetivos, sino “bienes”.

Así, manteniendo la comprensión del delito como lesión, en el mismo sentido que hiciera antes Feuerbach, Birnbaum desplaza *lo lesionado* desde el derecho subjetivo hacia un concepto más abstracto y comprensivo, en donde sí encuentran cabida altos valores de la época como la religión y la moral (aquellos que la perspectiva estrictamente liberal había, precisamente, logrado desplazar)<sup>296</sup>.

Además, la inclusión de estos valores en el ámbito de protección se habría visto favorecida por la incorporación que realizó Birnbaum de la “colectividad” o la “comunidad social” al elenco de titulares de bienes susceptibles de protección penal, uniéndose a las personas individuales y al Estado (únicas entidades reconocidas primitivamente por Feuerbach como titulares de derechos subjetivos) y permitiendo, con ello, la validación de la protección penal de las “instituciones formadoras de la sociedad”, esto es, de aquellas provenientes del campo de la religión y la moral, valores ahora

---

294 Fundamental, VON SAVIGNY, Friedrich Carl (1814) *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Universidad Carlos III de Madrid, Book Series: Legal History (2005).

295 Un repaso suficiente sobre la Escuela Histórica del Derecho, su contexto histórico y los roles de von Savigny y de Puchta, en GARRIDO MARTÍN, Joaquín (2017) “Ciencia del derecho en la Escuela Histórica y la Jurisprudencia de conceptos”, en *Revista Derechos y Libertades* Nº 37, Época II, junio 2017, pp. 207-232.

296 Birnbaum fundamenta la protección de la moralidad y la religiosidad en tanto entiende que lesionan un bien relevante para la sociedad, cual es, los sentimientos éticos del pueblo. En HORMAZÁBAL MALARÉE (1991). Con todo, resulta fundamental señalar que, como indica Guzmán Dalbora, no por ello Birnbaum abandona los ideales liberales de limitación del *ius puniendi* estatal, en GUZMÁN DALBORA (2010), “Estudio Preliminar”, *op cit.*

elevados a “bien”<sup>297</sup>.

Así, entiende Birnbaum el delito como toda lesión o puesta en peligro de bienes atribuibles al ser humano. Con mayor detalle, indica en el siguiente párrafo

“Pues bien, opino que hay que considerar como delito o punible por el Estado, según la naturaleza de la cosa o conforme a la razón, toda lesión o puesta el peligro, imputable a la voluntad humana, de un bien que el poder público ha de garantizar parejamente a cada cual, siempre que no quepa conseguir una garantía general sino a través de la conminación de una pena determinada y la ejecución de la amenaza legal contra cualquier infractor”<sup>298</sup>.

En más, argumenta a favor de la comprensión del delito como lesión de bienes, y no de derechos, de la siguiente forma,

“Supongamos que perdemos algo o que somos despojados de una cosa que para nosotros es un bien al cual tenemos jurídicamente derecho, éste será el objeto de nuestro derecho y si nos es sustraído o se ve disminuido, nuestro derecho no se verá disminuido ni sustraído”<sup>299</sup>.

Así entonces, a quien le es sustraída delictivamente una cosa, no pierde su *derecho* sobre la cosa. Ahora bien, cabe notar que, si bien Birnbaum no define el concepto de “bien”, resulta evidente que hace descansar las bases de su protección penal por parte del Estado en razones trascendentalistas de raíz *iusnaturalista*, en tanto entiende que éstos han sido dados al hombre ya por la naturaleza, ya por la sociedad<sup>300</sup>. Como indicara Bustos, Birnbaum sitúa al bien más allá del Derecho y del Estado<sup>301</sup>.

Como sugiere Hormazábal, la teoría de Birnbaum habría servido como un verdadero instrumento restaurativo del Estado, en tanto le habría permitido incriminar conductas que, si bien desde una perspectiva estrictamente liberal no habrían encontrado cabida en la protección jurídico-penalmente reforzada, su incorporación resultaba cardinal para preservar las nuevas condiciones sociales, en armonía también con las nacientes monarquías constitucionales<sup>302</sup>.

---

297 A diferencia de la exclusión que hiciera de la comunidad, como titular de bienes jurídico-penalmente protegibles, previamente Feuerbach. En JAKOBS (1978), p. 44.

298 BIRNBAUM, Johann Michael Franz (1834a) *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. GUZMÁN DALBORA, José Luis, Editorial IBdeF Ltda, Montevideo, Colección Maestros del Derecho Penal, N° 32, p. 59.

299 BIRNBAUM Johan Michael Franz (1834b) “Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung“, *Archiv des Criminalrechts*, T. 15, p. 166, trad. en HORMAZÁBAL MALARÉE (1991), p. 27.

300 BIRNBAUM (1834).

301 BUSTOS (1994) p. 100.

302 HORMAZÁBAL MALARÉE (1991), p. 32.

## **1.2. Crecimiento: el Positivismo y el Normativismo**

El segundo periodo, comprende uno que va desde el surgimiento del Positivismo, corriente filosófica que empuja fuertemente el nacimiento del “bien jurídico” en las propuestas, diversas entre sí, de Binding y von Liszt, hasta la irrupción del Normativismo como tendencia propia de la posguerra (S. XX).

### **1.2.1. Positivismo jurídico y bien jurídico como objeto de protección**

El contexto histórico aquí se encuentra marcado por la consolidación del modelo de sociedad propuesto por las revoluciones burguesas, en donde la industria y la economía de mercado resultan pilares esenciales y donde el Estado, por su parte, tiene un rol fundamental en la protección de dicho modelo. A lo anterior, se suma el fuerte influjo del Positivismo como corriente filosófica, movimiento que pretendió llevar a las ciencias sociales el rigor y método propio de las ciencias naturales, proponiendo pasar del clásico empleo del método deductivo al inductivo<sup>303</sup>.

En este marco, Alemania se halla – nuevamente – ajena a los progresos y desarrollos que el modelo parecía generar para el resto de sus vecinos. En efecto, en el último tercio del siglo XIX el país se encontraba sumido en una estructura económica marcadamente agraria, y con un diseño político territorial profundamente desmembrado. Surge, aquí, la idea de que la forma de superar el subdesarrollo alemán habría de provenir de un fortalecimiento del Estado, uno que conlleve una importante ampliación del ámbito de intervención penal a efectos de permitir la consolidación de un nuevo modelo, uno liberal en lo económico, pero conservador en lo social.

Con este nuevo modelo surge el iuspositivismo, sentando las bases para una comprensión del Derecho como “una realidad dada, liberado de todo juicio de valor y de toda especulación metajurídica o filosófica”<sup>304</sup>, y que provee al Estado de un auténtico “derecho subjetivo a la obediencia” de los individuos<sup>305</sup>.

En este contexto se producen dos importantes, aunque disímiles, desarrollos en materia

---

303 Sobre el Positivismo, fundamental COMTE, Auguste (1844) *Discurso sobre el espíritu positivo*. Ed. Alianza, Madrid (1980).

304 Así descrito por HORMAZÁBAL MALARÉE (1991), p. 37.

305 Diseño que se habría concretado, en materia penal, en el Código Penal alemán de 1871.

de bien jurídico, coincidentes sí ambos en un enfoque positivista y en una titularidad, por parte del Estado, de un derecho subjetivo a la obediencia. Se trata de las teorías del bien jurídico propuestas por Karl Binding (1841-1920) y por Franz von Liszt (1851-1919)<sup>306</sup>.

Binding, en primer lugar, desde una clara base racionalista y fuertemente iuspositivista, y teniendo como pilar central su célebre “teoría de las normas”<sup>307</sup>, construye un sistema que permite legitimar el modelo de Estado prusiano y con el que logra, en palabras de Kindhäuser, desplazar “la atención desde el derecho a un objeto hacia el objeto sobre el que recae un derecho”<sup>308</sup>. Su sistema sobre la teoría de las normas realiza, *grosso modo* y según indica Aller, una distinción entre la norma infringida, que prescribe una determinada conducta y que es anterior a la ley penal, y esta última, aquella que establece la pena a imponer por el incumplimiento de la norma. Así, el autor explica que, para Binding,

“las normas primarias pertenecen al derecho público general y van dirigidas al ciudadano prohibiéndole cometer delitos. En tanto que las secundarias van dirigidas al juez diciéndole que debe imponer sanciones penales a quienes cometan delitos”<sup>309</sup>.

La propuesta de Binding admitiría ser ejemplificada de la manera que sigue: la norma primaria, perteneciente al Derecho público, impone el mandato de “no matar”, dirigido *erga omnes*; mientras que la ley o precepto penal, de la cual la norma primaria se deduce, establece las consecuencias que derivan de su cumplimiento, bajo la nomenclatura “el que mate a otro”. Binding entiende el delito, entonces, como una contravención de la norma primaria<sup>310</sup>.

Ahora bien, para Binding el delito causa una lesión en dos niveles: por una parte, lesiona el derecho subjetivo del Estado a mandar, que existe como contrapartida del deber general

---

306 Sobre esta lucha de escuelas QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1989) *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed. Marcial Pons, pp. 205 y ss.

307 BINDING, Karl (1916) *Die Normen und ihre Uebertretung*, 3 ed., Leipzig, Verlag Felix Meiner, T.I., en BUSTOS RAMÍREZ (1994).

308 KINDHÄUSER, Urs (2009) “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, en *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, Barcelona, 1-2009, p. 6.

309 ALLER, Germán (2009) “Estudio preliminar acerca de Karl Binding y su obra”, en *La culpabilidad en derecho penal* (2009), traducción de BINDING, Karl (1919) *Die Schuld im Deutschen Strafrecht*, trad. CANCIÓ MELIÁ, Manuel, p. XXV.

310 Sobre la teoría dualista de Binding, una posición crítica en MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2019) *Derecho penal. Parte general*. 10ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, 2019, pp. 65 y ss.

de obediencia<sup>311</sup>; y por otra, lesiona – o pone en peligro – un bien jurídico<sup>312</sup>, constituyéndose éste en “el principal objeto del delito”, y al que define como

“todo lo que en sí mismo no es un derecho, pero que, según el legislador, tiene valor como condición de una vida sana de la comunidad jurídica, en cuya conformación inmodificada y sin perturbaciones tiene, según su opinión, un interés”<sup>313</sup>.

Para Binding, así, la vinculación entre norma y bien jurídico es absoluta e indisoluble: al mismo tiempo que el legislador crea la norma, crea el bien jurídico (que es aquello en lo cual la comunidad “tiene un interés”), con lo que evidencia un carácter absolutamente jurídico-normativo del mismo<sup>314</sup>. Como bien advierte Bustos, en Binding el bien jurídico queda *establecido*, y no *reconocido*, dentro del contenido de la norma, sin posibilidad alguna de fundar sus bases más allá de la Estado y del Derecho<sup>315</sup>.

La legitimación del bien jurídico se contiene, por tanto, en la autoridad de la norma como expresión soberana del Estado. Es el legislador, y únicamente el legislador, quien determina cuáles bienes serán considerados merecedores de una protección jurídico-penalmente reforzada, lo que hace de la teoría de Binding una marcadamente *inmanentista* y le reporta, por cierto, críticas que apuntan a su excesivo normativismo<sup>316</sup>, que deprivaría al bien jurídico de toda capacidad de actuar como límite autónomo<sup>317</sup>. Visto desde otra perspectiva, y siguiendo lo así sugerido por Jakobs, la decisión sobre el bien jurídico en Binding corresponde y pertenece a la comunidad jurídica, por lo que el

---

311 En efecto, para Binding “La negación de obediencia es pues siempre negación del querer de la autoridad, es siempre contravención de un derecho público que corresponde al Estado” (...) “La lesión de este derecho subjetivo de sometimiento es la única así llamada lesión jurídica esencial a todos los delitos”. BINDING, *Normen*, en BUSTOS RAMÍREZ (1994) pp. 101-102. En un sentido afín – aunque no idéntico, como se verá – a la comprensión ofrecida en el capítulo anterior, en lo relativo a la identificación, en la triada penal, del Estado como el titular del derecho subjetivo a la obediencia, de los individuos – posibles sujetos activos – como titulares del deber de obedecer, y a las víctimas como titulares del bien jurídico protegido.

312 Binding es, además, el primero en adjetivar al “bien” como “jurídico”, ya que Birnbaum hizo siempre referencia al “bien” o “bienes”, a secas. Así constatado, en GUZMÁN DALBORA (2010), “Estudio Preliminar” en BIRNBAUM (2010).

313 BINDING, Karl (1872) *Die Normen und ihre Übertretung*, en ALLER, Germán (2009), pp. XXX-XXXI.

314 Así también entendido en BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán (2006), *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Trotta, Madrid, p.179.

315 BUSTOS RAMÍREZ (1994), p. 101.

316 El normativismo de Binding debe, necesariamente, ser entendido en el sentido descrito por Mir Puig, esto es, como aquel que “limita su objeto de estudio a las normas jurídico-positivas con exclusión de toda consideración filosófica o de la realidad no jurídica”. Así, en MIR PUIG, Santiago (2005) “Límites del normativismo en Derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-18 (2005), p. 8. Por cierto, desde otro ángulo, el normativismo de Binding ha también de ser entendido como relativo a la “norma jurídica” (sentido al que ubica en un segundo nivel de normatividad) y no en el sentido más amplio de “norma cultural” (al que ubica en un primer nivel de normatividad, nivel que determinaría, en su opinión, al segundo), según la distinción que introduce Mir Puig en la página 11 del mismo trabajo.

317 Así, en BUSTOS RAMÍREZ (1994).



bien jurídico será siempre uno de la colectividad, a pesar de que aparezca como uno individual, en tanto es la comunidad la que lo elige y lo erige en tal<sup>318</sup>.

Liszt, por su parte, y si bien también desde una perspectiva positivista<sup>319</sup>, posiciona la naturaleza del bien jurídico en una teoría de corte más bien *trascendentalista*. En efecto, fuertemente influenciado por la idea del “fin del derecho” y la teoría del interés del Ihering<sup>320</sup>, Liszt sostiene que “el fin del derecho penal, de la norma penal y de la ejecución penal es la protección de bienes jurídicos”, y define al bien jurídico como “un interés jurídicamente protegido”<sup>321</sup>, compuesto por las condiciones vitales del individuo o de la sociedad, amparadas por el Derecho<sup>322</sup>. Para el autor, “(...) la historia del Derecho penal es la historia de los *intereses* que la humanidad eleva a bienes jurídicos”<sup>323</sup>.

Concibiendo entonces a los intereses como el motor que moviliza a los individuos y a la sociedad, quienes tienden hacia la consecución de un fin, el fin del Derecho penal ha de ser la protección de esos determinados intereses que, al pasar a ser penalmente protegidos, devienen en bienes jurídicos<sup>324</sup>. El autor plasma lo anterior en el siguiente pasaje,

“Todos los bienes jurídicos son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad. No es el ordenamiento jurídico el que genera el interés, sino la vida. Pero la protección jurídica eleva el interés vital al bien jurídico”<sup>325</sup>.

Para Liszt entonces, a diferencia de Binding, no es bien jurídico todo aquello que el legislador decida erigir como tal, sino que se trata de intereses vitales de los individuos o de la comunidad, creaciones de la vida, a los que Derecho, al protegerlos, les otorga la categoría del bien jurídico<sup>326</sup>. Así, define al *interés* como “el valor de producción o de no

---

318 Por ejemplo, señala Jakobs, ‘en el homicidio se trata del ataque a la “vida ajena”, mas no del “interés de fulano o mengano en su vida”’. En JAKOBS (1978), p. 47.

319 Así también entendido en PAWLIK (2016).

320 VON IHERING, Rudolph (1877) *El fin en el Derecho*, trad. castellana RODRÍGUEZ, Leonardo, B. Rodriguez Serra, Editor, Madrid, 1911. Sobre la teoría del interés en materia de derechos subjetivos, con mayor profundidad en el capítulo cuarto.

321 La influencia de Ihering en el trabajo de Liszt resulta innegable al advertir que, entre otras cosas, definen, uno el derecho subjetivo, y el otro el bien jurídico, prácticamente de la misma manera. Así también lo advierte JAKOBS, Günther (1978).

322 HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (1991), p. 51.

323 VON LISZT, Franz (1883) *La idea del fin en el Derecho Penal*. Trad. Castellana de AIMONE, Enrique. Ediciones Oleknik. Biblioteca de Derecho Penal y Procesal Penal. Santiago, Chile, 2020, p. 54. Énfasis propio.

324 También, sobre la centralidad de la noción de “interés” en el marco de la identificación de la finalidad del Derecho para Liszt, en FRISCH, Wolfgang (2017) “Franz von Liszt – Obra e influencia”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2/2017, Barcelona, abril de 2017, p. 1-29, y en QUINTERO OLIVARES (1989), p. 208.

325 VON LISZT, Franz (1927) *Tratado de Derecho Penal*, trad. castellana de la 20ª edición alemana por JIMÉNEZ DE ASÚA, Ediciones Q. Saldaña, 2ª ed. Madrid 1927.

326 Así entendido también en HORMAZÁBAL MALARÉE (1991), p. 48.

producción de una determinada transformación para el sujeto”, mientras que identifica al *bien* como “aquello para lo cual tal transformación tiene valor”<sup>327</sup>.

Este nuevo entendimiento del bien jurídico trae consigo, además, una nueva función, provista por su carácter material. Comprendiendo la ciencia del Derecho penal como una ciencia jurídica “total”, que incluye tanto a la dogmática penal, como a la política criminal y a la criminología<sup>328</sup>, distingue Liszt dos grandes ramas: el Derecho penal, por una parte, caracterizado como una ciencia normativa dogmática, y la política criminal, por otra, a la que identifica como “un compendio sistemático de aquellos principios de acuerdo con los cuales el Estado lleva adelante la lucha contra el delito”<sup>329</sup>. En este marco, sitúa el autor al bien jurídico como el elemento límite entre ambas disciplinas, cumpliendo una función crítica de revisión del Derecho vigente. El Derecho penal se legitimará para Liszt, en consecuencia, por el cumplimiento de su fin de protección de intereses, intereses que reflejan las condiciones necesarias para la vida en sociedad<sup>330</sup>.

Por cierto, la propuesta de von Liszt no está exenta de críticas. Una de ellas, quizás la más contundente, dice relación con su incapacidad para diferenciar entre el objeto del interés y el interés mismo<sup>331</sup>. Con todo, es posible identificar su teoría, ciertamente, como una *trascendentalista*, capaz de dotar de contundencia material, y realidad, al bien jurídico gracias a la noción de interés, consagrando así una función crítica, además de una más efectiva aptitud limitadora del *ius puniendi* estatal – muy por sobre lo que ofrece la teoría de Binding –. Sin perjuicio de las diferencias que los distancian, finalmente resulta común en ambos autores que, como señala Jakobs, en uno y otro “la determinación del injusto es confiada al Derecho positivo”<sup>332</sup>.

## 1.2.2. Normativismo y mediatización

Luego de un prolongado paréntesis marcado por las dos guerras mundiales, en donde el

---

327 Ambas definiciones en BUSTOS RAMÍREZ (1994) p. 103.

328 Así en MUÑOZ CONDE, Francisco (2011) “La herencia de Franz von Liszt”, *Revista Penal México*, núm. 2, julio – diciembre de 2011, pp. 57-73.

329 En HORMAZÁBAL MALARÉE (1991), p. 47.

330 También a favor de la comprensión del bien jurídico como intereses, proponiendo una definición genérica como “interés humano necesitado de protección jurídica penal”, HASSEMER y MUÑOZ CONDE (1989), p. 112, según se verá más adelante. Asimismo, y en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2000) *Manual de Derecho penal*, 2ª Ed., Aranzadi, pp. 88 y ss.

331 Así p. ej. en HORMAZÁBAL (1991).

332 JAKOBS (1978), p. 49.

concepto de bien jurídico transitó desde el cumplimiento de funciones estrictamente teleológicas, como instrumento categorial, a una ausencia absoluta de contenido durante el III Reich<sup>333</sup>, el concepto renace en el marco de la Constitución de Bonn (1949), de la República Federal Alemana, en donde primó un modelo de Estado federal, social y democrático de Derecho<sup>334</sup>.

En este contexto, comienza a desarrollarse una visión “mediatizada” del bien jurídico<sup>335</sup>, en donde destacan dos propuestas que, si bien diversas, son ambas reconocidamente “finalistas”: la propuesta de Mayer, quien habría sostenido que el fin del Derecho penal es el “mantenimiento del orden moral del pueblo”, y la de Welzel, para quien el Derecho penal “protege valores de conciencia”. A continuación, se ofrecerá un breve repaso de ambas tesis y el rol de *medio* que en ellas los autores conceden al bien jurídico.

Para Mayer<sup>336</sup>, el bien jurídico se encuentra protegido por el Derecho penal no como un fin directo, en sí mismo, sino en tanto el bien jurídico forma parte del “orden moral del pueblo”, cuya protección sí constituye el fin directo del Derecho penal. Se trata, así, de una propuesta de tendencia *transcendentalista*, en tanto identifica la naturaleza del bien jurídico fuera de la norma. Sin embargo, y a pesar de que la teoría expresaría un esfuerzo por dotar de contenido material al bien jurídico, no lograría servir como principio límite del *ius puniendi*, dado que la idea de “orden moral”, en extremo amplia, permitiría la protección jurídico-penal de un abanico extensísimo de conductas, cuya elección descansaría, finalmente, en una decisión política del legislador, como si de una tendencia inmanentista se tratase<sup>337</sup>.

Hans Welzel<sup>338</sup>, por su parte, desde una perspectiva asentada desde un plano social<sup>339</sup>, da un nuevo sentido al concepto de bien jurídico, a partir de una resignificación total del injusto. Para el autor, el fundamento del injusto descansa sobre la idea de la violación de

---

333 Período identificado por Bustos como de “la espiritualización a la negación del bien jurídico”, caracterizado por privar al bien jurídico de todo contenido real y concreto, llevándole a perder todo carácter garantista y relegándole a funciones meramente teleológicas, en BUSTOS RAMÍREZ (1994), pp. 104 y ss.

334 HORMAZÁBAL MALARÉE (1991), pp. 60 y ss.

335 Tomo el término “mediatizado” ofrecido al efecto por BUSTOS RAMÍREZ (1994), en pp. 106 y ss.

336 MAYER, Hellmuth (1953) “Straferecht”. *JuristenZeitung* 8. Jahrg., Nr. 3 (5. Februar 1953), pp. 85-87, en HORMAZÁBAL MALARÉE (1991), pp. 77 y ss.

337 Así también lo entiende HORMAZÁBAL MALARÉE (1991).

338 WELZEL, Hans (1965) *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 4ª reimpression, Editorial IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

339 Así caracterizado por HASSEMER y MUÑOZ CONDE (1989), pp. 99 y ss.

los “deberes de sentido” o “de conciencia ético social” por parte del actor, y no en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, al menos no de manera directa. Así, en sus palabras, “bien jurídico es todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones”. Precisa su contenido social señalando que “la suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino el orden social, y, por eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación a él mismo, sino sólo en conexión con todo el orden social”<sup>340</sup>.

En efecto, como indican Hassemer y Muñoz Conde, Welzel “no pospone la protección de bienes jurídicos como misión del Derecho penal, sino que la coloca en un plano más amplio y, concretamente, en el plano social”, en donde “la vigencia de los valores éticosociales de la actitud interna es la condición de posibilidad de la protección de bienes jurídicos”<sup>341</sup>.

Así, para Welzel, la “acción” comprende también el aspecto subjetivo del sujeto activo, trasladando el dolo y la culpa al injusto (la conducta tipificada). Distingue entre “desvalor de acto”, compuesto por el reproche a la conducta, y “desvalor de resultado”, marcado por el reproche de la producción de un resultado lesivo de bienes jurídicos. El bien jurídico se protege, por tanto, de manera anticipada a través de la sanción penal del desvalor de acto, y su identificación y determinación se realiza en la norma penal y no en el precepto penal – en coherencia con la teoría dualista de las normas de Binding –. Con todo, se trata de una tendencia teórica marcadamente *trascendentalista* por cuanto, si bien se identifica al bien jurídico a través de la norma, su origen se encontraría en la sociedad.

Si bien la concepción de Welzel podría ser reconocida como una “recuperadora” del bien jurídico, lo cierto es que tampoco resulta del todo útil a la hora de dotarle de contenido material, al igual que en Mayer. Además, como reconociere el mismo Welzel, el bien jurídico de su teoría no representaría un límite absoluto, dando cuenta con ello de la existencia de preceptos penales que sancionan conductas identificables como puramente inmorales (p.ej., el incesto). Así, para autores como Hormazábal, la teoría de Welzel resulta, más bien, un aporte al rendimiento dogmático del bien jurídico que uno de carácter político-criminal<sup>342</sup>.

---

340 Ambas traducciones de Welzel en BUSTOS RAMÍREZ (1994) p. 106

341 En HASSEMER y MUÑOZ CONDE (1989), p. 101.

342 HORMAZÁBAL MALARÉE (1991).

### **1.3. Madurez: del surgimiento de los Estados de bienestar al presente**

Identifico este tercer periodo como uno que va desde la segunda mitad del S. XX, marcado por el nacimiento de los Estados de bienestar, hasta la actualidad. Como se advertirá, en este tercer periodo la idea de bien jurídico, si bien permanece asentada en los sistemas jurídico-penales continentales, ha perdido fuerza como límite del *ius puniendi*.

#### **1.3.1. Estado de bienestar, política criminal y sociología**

A partir de la segunda mitad de siglo XX, el bien jurídico y la política criminal resurgen de mano de la sociología y de, en particular, el movimiento conocido como “funcionalismo”, prescindiendo del auxilio que en exclusiva les dispensaren, durante siglos, la teoría política y la filosofía, todo ello con el objetivo de revivir la, a estas alturas alicaída, capacidad crítica del bien jurídico<sup>343</sup>.

Así el funcionalismo, en la teoría social, entiende a la sociedad como un *todo*, pasando el individuo humano a ser un componente más del sistema, en tanto no se concibe a si mismo sino en sociedad, unido a los demás individuos en ella por un código moral y un sistema de valores compartidos. Estos valores inspiran, a su vez, al Derecho en su fin, cual es el del mantenimiento del orden, del *statu quo*. Lo anterior encuentra claro reflejo en las teorías de la pena identificadas como “de prevención general positiva”, que entienden la pena como legitimada en su función de instrumento para la consecución de los fines de afirmación y aseguramiento de la norma, y cuyo establecimiento sirve a fines de comunicación preventiva *erga omnes*, dirigida a la sociedad en su conjunto, y no sólo al delincuente<sup>344</sup>.

Dentro de las teorías funcionalistas del bien jurídico<sup>345</sup>, destacan principalmente tres autores: Knut Amelung, Günther Jakobs y Winfried Hassemer, todos, como se verá, ofreciendo propuestas bastante diversas entre sí.

---

343 Así entendido en CARDONA BARBER, Antonio (2019) “Algunas condiciones de legitimidad del bien jurídico penalmente protegido”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época. n.º 21 (enero 2019), pp. 151-187, p. 163.

344 HORMAZÁBAL MALARÉE (1991), pp. 90 y ss.

345 Críticamente respecto a las soluciones que ofrece el funcionalismo, SEHER, Gerard (2003) “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 69-92.

Amelung<sup>346</sup>, en primer lugar, sugiere que el bien jurídico se compone de las condiciones de existencia de la vida social, y lo define como “el objeto de protección de la norma de conducta que puede inferirse del Derecho positivo”<sup>347</sup>. Su identificación correspondería al legislador, como parte del sistema, a través de la determinación del hecho social dañoso, habiendo realizado previamente el juicio de valor positivo respecto a lo que ‘cierto estado de cosas “deben ser”’<sup>348</sup>, es decir, al bien jurídico.

Lo anterior es posible, a juicio de Amelung, producto del carácter “vacío” del concepto de bien jurídico, es decir, gracias a su indeterminación. Así, señala que

“[...] el dogma jurídico se convierte en punto de conexión de la política con la dogmática, y el concepto de bien jurídico en un concepto complementario de la positividad del Derecho que traslada el dinamismo de lo político a la estabilidad del sistema jurídico”<sup>349</sup>.

Para el autor es, por tanto, precisamente ese vacío la razón de su riqueza. Se trata, como resulta claro, de una tesis *trascendentalista*, aunque con escaso contenido material.

Jakobs<sup>350</sup>, por su parte, desde una posición que “contempla al Derecho como un sistema normativo cerrado, autorreferente, y limita la dogmática jurídico-penal al análisis normativo funcional del Derecho positivo, con exclusión de consideraciones empíricas no normativas y de valoraciones externas al sistema jurídico-positivo”<sup>351</sup>, se aparta definitivamente de la teoría del bien jurídico. En efecto, el autor prescinde totalmente de la protección de bienes jurídicos por tratarse, a su juicio, de un concepto vacío, ocupable por todo aquello que al legislador antoje. Favorece, en cambio, una comprensión del rol del Estado, y del Derecho en particular, como garantes, más bien, de la “vigencia de la norma”.

Se trataría, según Bustos, de una concepción “funcionalista sistémica” del Derecho penal<sup>352</sup>, en donde las normas penales garantizan la expectativa de la sociedad de que cada individuo actúe de una determinada manera, en virtud de un deber, cumpliendo

---

346 AMELUNG (2003).

347 Al referir a la “norma de conducta” el autor se posiciona en contra de las comprensiones del bien jurídico que lo sitúan como el objeto de protección de las “normas de sanción”, como en Jakobs, favoreciendo la idea de la necesidad de que las normas de las que se infiere el bien jurídico vayan más allá del mero mantenimiento de su misma vigencia fáctica. Para el autor, ‘las normas de conducta penalmente protegidas siempre deben proteger un objeto “detrás de ellas”’. Así, en AMELUNG (2003) p. 263.

348 *Ibid.*, p. 228.

349 *Ibid.*, p. 232.

350 En extenso en JAKOBS (1978), *op cit.*

351 Así descrito por MIR PUIG (2005), p. 2.

352 Así en BUSTOS RAMÍREZ (1994) p. 102.

entonces un rol o papel de abstención de realizar determinados comportamientos prohibidos o de realizar otros comportamientos deseados (para el caso de los delitos de omisión)<sup>353</sup>. Así, al realizar el individuo el comportamiento prohibido, frustra la expectativa social y vulnera la garantía de “comportamiento de conformidad a su papel”, mediante su abandono. El cumplimiento de ese rol es lo fundamental y primario para el Derecho penal, y se asegura a través de la garantía de la vigencia de la norma, y no de la protección de bienes jurídicos<sup>354</sup>.

En síntesis, para Jakobs el fin del Derecho penal es el mantenimiento de “la vigencia de la norma puesta en peligro por la conducta culpable”, todo ello por vía de la protección de bienes. Así, para el autor, los ordinariamente denominados “bienes jurídicos” como la vida, la salud, la libertad y el patrimonio, “son apenas un *motivo* para la norma, la representación de un fin”, pero es la vigencia de la norma el verdadero y único bien jurídico-penal, y su protección (la mantención de dicha vigencia) se verifica a través de la pena<sup>355</sup>. Se trata por tanto, posiblemente, de la propuesta más *inmanentista* de todas.

Finalmente Hassemer, ocupándose de la cuestión del bien jurídico, clasifica las distintas teorías sobre el mismo según si cumplen una función “crítica” o una meramente “sistemática”, favoreciendo a las primeras en tanto exhibirían una mayor aptitud para la legitimación del Derecho penal. Con todo, reconoce la falta de aptitud del bien jurídico como límite real, incluso por parte de estas últimas teorías lo que, sugiere, podría explicarse por la desconexión de estas propuestas con el contexto histórico cultural en que se habría de realizarse la valoración, constatando, además, que el bien jurídico es condición necesaria, pero no suficiente, para la criminalización de una determinada conducta.

Por todo lo anterior resultaría, a su juicio, indispensable fundamentar el merecimiento de pena también en otros principios, a los que engloba bajo el título general de “formalización de la administración de justicia”. Entre estos, indica, se encontrarían la

---

353 Distingue Jakobs, a este respecto, dos formas en que el Derecho penal habría de ocuparse de la protección: a través de la imposición de “deberes negativos”, en virtud de los cuales el Derecho impone a las personas que orienten su libertad de organización absteniéndose de afectar bienes ajenos, y a través de la imposición de “deberes positivos”, por los cuales el Derecho ordena tutelar un bien vulnerado o incluso establecer un bien, en JAKOBS (1978), pp. 53 y ss.

354 Críticamente, también en HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2003) “Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *Revista de Derecho*, Vol. XIV – Julio 2003, pp. 125-134.

355 JAKOBS (1978), p. 61.

subsidiariedad del sistema penal, la dignidad humana y la dañosidad social, entre otros<sup>356</sup>. Sólo así, afirma, sería posible imponer un límite material al *ius puniendi* estatal.

Con todo, Hassemer valida la existencia del bien jurídico al interior del Derecho penal, y propone una comprensión de su rol basada en los siguientes elementos: a) La irrenunciabilidad del bien jurídico como baremo de la política criminal; b) La necesidad de que el bien jurídico se centre en el núcleo negativo tradicional crítico del Derecho penal<sup>357</sup>; c) Que los así llamados “bienes jurídicos universales” son, efectivamente, bienes jurídicos en sentido penal; d) Que éstos últimos deben, necesariamente, funcionalizarse a partir de la persona<sup>358</sup> y, e) Que la utilización de bienes jurídicos “vagos y demasiado generalizadores”, propios de políticas criminales modernas y divagadoras, daña al concepto tradicional de bien jurídico<sup>359</sup>. De todo lo anterior, resulta claro que Hassemer atribuye efectos limitadores al bien jurídico, lo que permite ubicarlo al interior de las corrientes *trascendentalistas*.

### **1.3.2. El bien jurídico en la actualidad: entre la materialización y la institucionalización**

Con posterioridad a las contribuciones de Amelung, Jakobs y Hassemer recién revisadas, la doctrina ha aportado diversas concepciones del bien jurídico que, si bien difieren entre sí, coinciden, hasta cierto punto, en dos aspectos básicos: el primer lugar, en dotar al bien jurídico de elementos de carácter *material*, en tanto abrazan la idea de que el origen del bien jurídico proviene desde fuera del Derecho; y, en segundo, en atribuirle también un carácter *institucional*, en tanto es el Estado, a través de sus mecanismos institucionales, quien decide dotarle de protección jurídico-penalmente reforzada – cuestión vinculada a la idea del “merecimiento de protección” –. A continuación reviso algunas de estas propuestas, relevando en ellas las tendencias arriba reseñadas.

Bustos y Hormazábal, en primer lugar, favorecen una comprensión concreta de bien

---

356 Entendiendo, así, como misión principal del Derecho penal el “formalizar del modo más preciso posible la solución de los conflictos que le incumben”, en HASSEMER y MUÑOZ CONDE (1989), pp. 117 y ss.

357 Así también, críticamente ante el fenómeno al que el autor denomina “Derecho Penal moderno”, en HASSEMER, Winfried (1991) “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, *Conferencia realizada en la UAB*, marzo de 1991, traducción de Elena Larrauri.

358 Razón por lo que su teoría ha sido conocida como una “teoría personal del bien jurídico”, así en SEHER (2003).

359 HASSEMER, Winfried (2003) “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 96. Énfasis propio.



jurídico en su, así por ellos denominada, “teoría material del bien jurídico”, propuesta que se inscribe en el marco de un “sistema crítico-material del Derecho penal”<sup>360</sup>. Los autores presentan su teoría de la forma que sigue:

“Los bienes jurídicos, considerados materialmente, son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática. Son dinámicos, pues están en permanente discusión y revisión”<sup>361</sup>.

Según señalan los autores, de tal comprensión es posible extraer los siguientes elementos:

a) que se trata de una teoría del bien jurídico adecuada para un marco político y social propio de un Estado social y Democrático de Derecho; b) que se trata de una teoría que ubica el origen de los bienes jurídicos en la base social, como productos de los procesos interactivos que ahí se producen; c) que, precisamente por su origen en la base social, tienen un carácter dinámico; d) que las lesiones al bien jurídico sólo pueden provenir de la conducta humana, y finalmente e) que los bienes jurídicos son relaciones sociales concretas, sin perjuicio de ser, a la vez, valores naturales (como la vida, la salud o la libertad)<sup>362</sup>.

Así, de la puesta en relación de estos elementos, es posible advertir que la teoría de Bustos y Hormazábal, además de ser concebida por ellos como *material*, participa también de elementos de tipo *institucional*, como se colige de la letra a): el bien jurídico sólo resulta útil en un determinado marco institucional, cual es el de un Estado social y Democrático de Derecho.

Hormazábal, por su parte, distingue dos momentos en el proceso de dotar de contenido al bien jurídico. Así, en un primer momento ha de relevarse, por una parte, el *origen social* del bien jurídico – en cuanto su determinación corresponde a la base social, que la comunica a las instancias políticas para que materialicen dicha decisión – y, por otra, la *materialidad* del concepto, en tanto se trata de un producto histórico, que surge de un sistema concreto de relaciones sociales en un determinado periodo y que, en tanto tal, tiene un carácter dialéctico, dado que su nacimiento proviene de las relaciones sociales. En un segundo momento, corresponde responder a la cuestión respecto al *merecimiento*

---

360 Así identificado en CARRASCO JIMÉNEZ, Edison (2015) ‘La “Teoría material del bien jurídico” del sistema Bustos/Hormazábal’, en *Estudio Penales y Criminológicos*, Vol. XXXV (2015), pp. 239-289.

361 BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE (2006), p.73.

362 *Ibid.*

*de protección*, en donde el Estado determina, a través de una decisión política, los objetos a proteger penalmente<sup>363</sup>. En dicha tarea, el Estado no actúa de forma neutra, sino que favorece un determinado modelo económico y social, como queda en evidencia, v.g., en el general favorecimiento que, al menos en el último siglo, el Estado ha dispensado a la protección de objetos que permiten la realización de la libertad de mercado<sup>364</sup>.

Kindhäuser, por su parte, define a los bienes jurídicos como “aquellas características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho”<sup>365</sup>, con lo que, sostiene, su valor radica en “hacer posible la libertad”<sup>366</sup>. Se trata de “principios para el desarrollo del individuo, en el aspecto de su participación igualitaria en la interacción social orientada al acuerdo”<sup>367</sup>. Para el autor, la protección no se dispensa a los bienes jurídicos de forma aislada, por mor de sí mismos, sino que por mor de la relación entre el bien y sus titulares o beneficiarios<sup>368</sup>.

Así entonces, entendido el bien como característica portadora de valor, su lesión supone la disminución de dicho valor, un menoscabo que podría, señala, producirse de tres modos<sup>369</sup>: primero, como una modificación tal en su sustancia que le impida continuar cumpliendo su función, o le impida hacerlo de manera total, situación en la que se habría producido una *lesión* propiamente tal; segundo, una modificación que coloca al bien jurídico en una situación en que depende sólo de la casualidad el que, en definitiva, su sustancia se vea menoscabada, lo que se identifica con una *puesta en peligro concreta* del mismo (haciendo disminuir, ostensiblemente, el interés en su utilización por parte de su titular), y tercero, cuando se genera una situación en la que no se encuentran garantizadas

---

363 Como habría también propuesto, según Hormazábal, Hassemer, quien habría sugerido que la comprensión del bien jurídico debe atender a dos momentos: un primer momento, que se vincula con la determinación de aquello que una norma penal protege materialmente, toda vez que prohíbe una conducta determinada y; un segundo momento, orientado a la dilucidar el problema del merecimiento de protección lo que, según el autor, se vincula con la determinación de qué criterios ha tenido un Estado a la vista, o debería tener, al momento de decidir la protección de un determinado bien jurídico. En HORMAZÁBAL MALARÉE (1991), pp. 140 y ss. y, por cierto, en HASSEMER (2003).

364 *Ibid.*

365 KINDHÄUSER, Urs (2009) “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, en *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, Barcelona, 1-2009, p. 7.

366 *Ibid.*, p. 10.

367 KINDHÄUSER, Urs (1996) *Derecho penal de la culpabilidad y la conducta peligrosa*. Segunda conferencia: “La protección de los bienes jurídicos por medio de las prohibiciones de lesión y exposición al peligro”, publicado por Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del derecho, 1996, p. 68.

368 KINDHÄUSER (1996).

369 KINDHÄUSER (2009) p. 15

las condiciones de seguridad necesarias para una utilización racional sobre un bien, lo que deviene en que sólo puede ser utilizado de forma restringida, perdiendo valor para su titular, caso en el que se concreta una *puesta en peligro abstracta*<sup>370</sup>.

En todo caso el daño, particularmente en lo relativo a la lesión como forma de menoscabo, ha de determinarse, según el autor, “siempre en relación con un *statu quo ante*, relativamente mejor, y no en relación con un valor ideal absoluto”<sup>371</sup>. Citando la frase de Welzel, refuerza la idea de las diversas posibilidades de menoscabo del bien jurídico, recordando que éstos “no son piezas de museo”, por lo que su menoscabo no implica una “mera modificación de la sustancia, sino la reducción, mediante la modificación de la sustancia, de la posibilidad de servir al libre desarrollo”<sup>372</sup>, lo que dependerá, a su vez, del fin al que esté unida dicha modificación. Cita, como ejemplo de modificación que no implica un menoscabo, el de escribir una carta sobre un papel: efectivamente, se produce una modificación en el papel, pero al tratarse de una modificación que sirve a su fin, no se trataría de un menoscabo, sino de una utilización con sentido.

Similar a lo visto respecto a otros autores, en Kindhäuser resulta también clara la concurrencia de elementos tanto materiales como institucionales: lo primero está presente en el contenido del bien jurídico, en tanto “características de las personas, cosas o instituciones”, mientras que los elementos institucionales se dejan ver, principalmente, en su alusión a la institucionalidad propia de un Estado democrático y social de Derecho.

Mañalich, siguiendo la línea trazada por Kindhäuser, define la expresión bien jurídico como

“[...] designativa de alguna propiedad que, en cuanto exhibida por una persona, una cosa, una institución o en general un objeto (*lato sensus*) cualquiera, es valorada positivamente, en el sentido de que esa propiedad es valorada como buena”<sup>373</sup>.

Esta propiedad es entendida por el autor como el “objeto de protección” de la norma de

---

370 El autor ubica los menoscabos significativos de una puesta en peligro de carácter abstracta en, principalmente, los nuevos tipos penales que protegen bienes jurídicos universales, como es el caso de los delitos medioambientales y económicos, los que no son, en realidad, lesionables en el uso común del término, ni tampoco pueden ser puestos concretamente en peligro. Se trata de delitos que afectan no al bien jurídico mismo, sino a la seguridad de la relación entre el bien jurídico y su beneficiario, la seguridad en la posibilidad de disponer del bien, haciendo depender, en definitiva, sólo de la casualidad el que el bien sea puesto en una situación peligrosa concreta, en donde figura como ejemplo paradigmático la prohibición de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad. En KINDHÄUSER (1996).

371 KINDHÄUSER (1996), p. 70. Énfasis en original.

372 KINDHÄUSER (2009), p. 10.

373 MAÑALICH RAFFO (2021b), p. 81.

comportamiento punitivamente reforzada, en el sentido de que la finalidad de la norma consiste en, precisamente, la evitación de la realización de una determinada conducta que habría de traer aparejada una merma del valor de la propiedad protegida para su titular, en caso de tratarse de un bien jurídico individual, o sus beneficiarios, en caso de tratarse de uno colectivo<sup>374</sup>.

Roxin – en un sentido similar a Kindhäuser, aunque previamente – desarrolla una teoría del bien jurídico entendida como “garantía de libertad”, en virtud de la cual define al mismo como

“[...] todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad”<sup>375</sup>.

La definición recién transcrita se vincula directamente con aquello que el autor apunta como la finalidad del Derecho penal, cual es la de “procurar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura, en la medida en que tales objetivos no puedan conseguirse mediante otras medidas socio-políticas menos intrusivas en la esfera de libertad de los ciudadanos”<sup>376</sup>, finalidad que se enmarca en el pensamiento jurídico-racionalista de la ilustración y en lo que supone ser un Estado de Derecho, que aspira al ideal de lograr un equilibrio entre la libertad de los individuos y la intervención estatal para, así, garantizar a aquellos tanta libertad como protección sea posible<sup>377</sup>. Sostiene, además, que su teoría supone abarcar tanto a los bienes jurídicos individuales como a los colectivos, en tanto sirven estos últimos, en última instancia, igualmente a las posibilidades de desarrollo del individuo<sup>378</sup>.

Finalmente, para una correcta comprensión de la propuesta del autor, conviene apuntar la distinción que introduce a efectos de clarificar toda duda respecto a la naturaleza de

---

374 *Ibid.* De esta forma, y merced de una comprensión del bien jurídico desprovista de finalidades axiológicas, centra el autor su definición del concepto de bien jurídico desde una perspectiva puramente dogmática, rechazando la posibilidad de toda utilidad crítica.

375 ROXIN (2013), p. 5. En un sentido afín, utiliza también el autor, en otra definición, provista el año 2003, los términos “realidades” o “fines”, con lo que, explica, pretende apuntar a que los bienes jurídicos no son necesariamente dados al legislador, como sería el caso de la vida humana, sino que también habría algunos bienes jurídicos que serían creados por el legislador, como sería el caso de la sanción por el no pago de impuestos. En ROXIN, Claus (2003) “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 448. Énfasis propio.

376 *Ibid.*, p. 446.

377 *Ibid.*

378 ROXIN (2013), p. 6.

aquello que puede constituir un bien jurídico: los bienes jurídicos son *entidades reales*, lo que es distinto a decir que requieran ellas poseer una realidad material. Son entidades reales la vida, la integridad física, la propiedad, los derechos humanos y los derechos fundamentales, entidades todas que, sin tener un objeto físico o material, son realidades empíricas<sup>379</sup>, cuestión con la que evidencia el trasfondo material de su posición, además de ser advertible la presencia de los componentes institucionales, en toda referencia al funcionamiento estatal.

En un sentido similar, aunque sustentando explícitamente una concepción de bien jurídico centrada en la noción de “interés”, Kargl sostiene que son bienes jurídicos merecedores de protección aquellos intereses “que sitúan a las personas en condiciones de desarrollar sus facultades de percepción y su capacidad de comunicación, esto es, de crear su autonomía”<sup>380</sup>, vinculando la finalidad del Derecho penal al concepto de *daño* generado a las personas. En la finalidad del Derecho penal estaría, precisamente, en la evitación de daños a estos intereses. La elección de bienes jurídicos la efectúa, según el autor, la moralidad, por lo que el legislador sólo puede echar mano al así escogido conjunto de intereses de las personas, debiendo ajustarse a los criterios de selección a las reflexiones sociales relativas a dichas finalidades<sup>381</sup>. Así, resulta también clara la composición trascendental, a la vez que institucional, de esta última propuesta.

#### **1.4. Sobre la carga antropocéntrica de algunas concepciones del bien jurídico**

Como ha sido posible advertir, en no pocas ocasiones los autores se han decantado por definir al bien jurídico desde una perspectiva, *grosso modo*, de “interés humano” o de “interés de titularidad de seres humanos”. Así, por ejemplo, lo hacen Bustos y Hormazábal, quienes en su teoría material del bien jurídico identifican al mismo como “relaciones sociales concretas” al interior de una sociedad democrática. También Kindhäuser hace lo suyo, al definirlo como “características [...] que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho” y cuyo valor radicaría en, precisamente, hacer posible la libertad de las personas, mismo sentido en el

---

379 ROXIN (2003), p. 447.

380 KARLG, Walter (2006) “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Edición española, Atelier Libros Jurídicos, 2012, p. 57.

381 *Ibid.* Énfasis propio.

que Roxin asume al bien jurídico como aquellas “circunstancias y finalidades necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal [...]”<sup>382</sup>. Finalmente también Kargl, quien ubica los bienes jurídicos en los intereses que “sitúan a las personas en condiciones de desarrollar sus facultades de percepción y su capacidad de comunicación [...]”.

Siendo ello así, cabe preguntarse, ¿en qué medida sería posible, entonces, una titularidad del bien jurídico por parte de entidades distintas a las humanas, o compuestas por humanos?<sup>383</sup> Si bien la pregunta pareciera apuntar a un asunto crucial para el destino de la tesis que este trabajo propone, no es menos cierto que, con todo, no son pocas las definiciones de bien jurídico aquí revisadas que prescinden de toda alusión, al menos directa, a una concepción cerradamente antropocéntrica.

Así, por ejemplo el mismo Binding, para quien el bien jurídico es aquello “estimado como valioso por el legislador”, prescinde de toda mención relativa a una titularidad exclusiva por parte de personas humanas o grupos de ellas, bastando que se trate de algo valioso “a ojos del legislador”. En el mismo sentido, paradójicamente también Liszt, para quien el bien jurídico es un “interés jurídico-penalmente protegido” que, como Binding, entiende como elevado a tal por la humanidad, pero sin imponer que ha de tratarse de intereses poseídos, exclusivamente, por humanos.

Ciertamente, no pretendo sugerir aquí que Binding o Liszt estuviesen pensando en su época en entidades no humanas – v. g. los animales – como posibles titulares de bienes jurídicos, sino que, simplemente, parece del todo posible una comprensión no-antropocentrista del bien jurídico. Por ello, me inclino por, y en lo sucesivo favoreceré – como se verá más adelante en mayor detalle – una comprensión *interescentrista* del bien jurídico, una cuyo núcleo, siguiendo a Liszt, se compone de intereses que, no obstante ser escogidos como merecedores de protección penalmente reforzada por sistemas compuestos por personas humanas – como es el Derecho –, no excluyen, al menos no necesariamente, intereses de contenido y titularidad no-humana, abriendo por tanto oportunidades para una titularidad del bien jurídico por parte de entidades capaces de poseer intereses (por cierto, estimados por la sociedad humana como penalmente

---

382 En un sentido afín, también CARDONA BARBER (2019).

383 En un sentido afín a la pregunta por la posibilidad de que los animales ostenten el estatus de víctima, dadas las definiciones “personalistas” de los diversos cuerpos normativos allí analizados.

relevantes), según lo revisado en el capítulo anterior.

## 2. Las funciones del concepto de bien jurídico

Habiendo revisado las diversas concepciones que sobre el bien jurídico se han desarrollado a lo largo de, al menos, un par de siglos de historia, a continuación abordaré un aspecto sumamente relevante en la teorización del mismo y que concita, incluso al día de hoy, enardecidos debates: me refiero a la cuestión sobre las funciones atribuibles al bien jurídico en el contexto penal. En efecto, de la misma forma en que al día de hoy aún subsisten fuertes discusiones en torno a la naturaleza del bien jurídico, también lo hacen unos, quizás aún más enardecidos, debates en torno a las funciones que sería posible atribuir al mismo: así, mientras para algunos el bien jurídico cumple sólo funciones *interpretativas*, para otros el bien jurídico cumple – o debería cumplir – también funciones *críticas*<sup>384</sup>.

En lo que sigue, revisaré las funciones del bien jurídico así identificadas por la doctrina, juntamente con apuntar algunas de las críticas que suscitan. Para una mejor comprensión del fenómeno, distingo las funciones en dos grandes grupos: las funciones *dogmáticas*, en donde incorporo la clásica función interpretativa y agrego las que distingo como funciones clasificatoria e identificatoria, y las funciones *axiológicas*, en donde distingo dos momentos de despliegue crítico, esto es, un *prius* y un *posterius*.

### 2.1. Las funciones dogmáticas del concepto de bien jurídico

#### 2.1.1. La función *interpretativa*

La función interpretativa, hermenéutica o teleológica del bien jurídico se vincula con su aptitud para servir a una correcta exégesis de todo tipo penal, lo que se concreta a través de la identificación de qué es aquello que el legislador ha decidido proteger mediante la

---

384 En un sentido afín, Cardona indica que las funciones del bien jurídico pueden agruparse en dos áreas, que se condicen con dos perspectivas: en primer lugar, desde un punto de vista dogmático, en donde es posible encontrar la función interpretativa (o hermenéutica, sistemática o teleológica) del bien jurídico, vinculada a “las funciones exegéticas judiciales en la interpretación de la norma y la subsunción (o no) del caso concretamente enjuiciado” y, en segundo lugar, desde un punto de vista ligado más bien a la política criminal, la función de servir “para elegir qué intereses o valores deben (o deberían) ser protegidos jurídicamente, orientando con ello las tareas del legislador penal”, como también de permitir la formulación de críticas ex post la adopción de una determinada decisión de criminalización vinculadas, ahora, con la corrección axiológica de la misma, según si cumple o no con los principios limitadores de Derecho penal. En CARDONA BARBER (2019), p. 153.

criminalización de una determinada conducta, es decir, se trata de un criterio de interpretación provisto por la identificación de cuál es el bien jurídico protegido en un precepto penal determinado<sup>385</sup>.

En el mismo marco, autores han relevado su función *sistematizadora*<sup>386</sup>, en tanto permitiría clasificar, organizar e incluso jerarquizar los distintos tipos penales según cuál sea el bien jurídico que pretenden proteger (v.g. contra las personas, contra la propiedad, contra el orden socioeconómico, el ambiente, la salud pública, la administración de justicia, entre muchos otros)<sup>387</sup>.

En este contexto, resulta también fundamental el apoyo que brinda el bien jurídico en cuanto permite la realización de interpretaciones *restrictivas*, en el sentido de que, más allá de la determinación de cuál es el bien jurídico protegido en un determinado tipo penal, favorece también el descarte, al momento de la subsunción, de hechos que, si bien encajan en la descripción literal del tipo, no alcanzan a lesionar de manera jurídico-penalmente relevante el bien jurídico protegido por la norma en el caso concreto<sup>388</sup>.

### **2.1.2. La función clasificatoria**

Más allá de las clásicas funciones interpretativa y sistemática atribuidas al bien jurídico, es posible también identificar, en el marco de las funciones dogmáticas, la aplicación que identifico como “clasificatoria”. En primer lugar, en cuanto el bien jurídico permite categorizar, dogmáticamente, distintos tipos de injusto según si para su consumación requieren, ya de lesión del bien jurídico, o ya de su mera puesta en peligro y, en segundo lugar, en cuanto permite introducir en la dogmática penal la distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos, según si afectan a un individuo en particular o si afectan, *grosso modo*, a la comunidad. A continuación, una breve revisión de ambos empleos.

---

385 Así, en BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE (2006); HORMAZÁBAL MALARÉE (1991), pp. 9 y ss.

386 *Ibid.*

387 En efecto, basta revisar cualquier código penal, perteneciente a cualquier ordenamiento jurídico, para advertir que esta es la forma que ha sido escogida para sistematizar y organizar dichos cuerpos normativos.

388 En extenso, en CARDONA BARBER (2019), pp. 154-155.



## a) La clasificación de delitos de lesión y delitos de peligro

Merced del bien jurídico protegido, los tipos penales admiten ser clasificados según la forma de afectación del mismo, demandada para su consumación<sup>389</sup>.

Así, es posible clasificar los delitos según si se requiere, o no, de la producción efectiva de una lesión al bien jurídico, en: a) delitos *de lesión*, que son aquellos que se consuman a través de la destrucción o menoscabo (físico o valorativo) del bien jurídico, y b) delitos *de peligro*, aquellos en que no se requiere de la efectiva lesión del bien jurídico, sino que se satisfacen con la mera probabilidad de que dicha lesión se produzca<sup>390</sup>.

Dentro de los delitos de peligro es posible distinguir, a su vez, dos subtipos: 1) Delitos *de peligro concreto*, respecto de los cuales el tipo penal configura una vinculación inmediata entre la situación de peligro y un bien jurídico determinado, y exige probar que la situación de peligro provocada por el actor haya implicado una probabilidad cierta de lesión (p. ej., aquellos delitos contemplados en los artículos 341 del CP español y 291 del CP chileno<sup>391</sup>) y en donde la decisión sobre la concurrencia del peligro queda entregada

---

389 Huelga señalar que lo expuesto en este acápite no pretende más que reseñar la distinción clásico-formal entre los delitos de lesión y de peligro y, al interior de éstos, los de peligro concreto y abstracto, con el solo objeto de graficar la incidencia del bien jurídico en torno al tipo de afectación prevista por un determinado tipo penal. En caso alguno, por tanto, se pretende agotar aquí las ricas disquisiciones teóricas que giran en torno a la clasificación en comento, las que, en extenso, pueden encontrarse en, entre otros, MALDONADO, Francisco (2006) “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”, en *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, Año 2006, pp. 23-63; como también en KINDHÄUSER (2009). Críticamente, y favoreciendo una clasificación ampliada de delitos en torno a la noción de bien jurídico, que incluya a los delitos “de aptitud”, los “de acumulación”, los “de preparación” y los “sin bien jurídico” – entre los que considera incorporados, junto a otros, a los delitos de maltrato animal –, en KUHLEN, Lothar (2006) “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo. Edición española*, Atelier Libros Jurídicos, 2012, pp. 225-235. Una opinión crítica a la existencia de los llamados “delitos sin bien jurídico”, por considerar la cuestión respecto a su posible existencia una meramente retórica, en HASSEMER (2003), y en HASSEMER (1991).

390 De manera distinta, Mañalich propone una consideración de las formas delictivas de peligro concreto y de peligro abstracto, y a no como meras anticipaciones a la lesión, sino como formas de menoscabo que admiten ser tratadas como autónomas, irreductibles a la sola anticipación de la lesión del bien jurídico, en MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2021b) “Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del Derecho penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 48, N° 2. En un sentido afín, KINDHÄUSER (2009).

391 Art 341. CPE. “El que libere energía nuclear o elementos radiactivos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes, aunque no se produzca explosión, será sancionado con la pena de prisión de quince a veinte años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de diez a veinte años”, precepto penal en el que se advierte con claridad la vinculación con determinados bienes jurídicos (vida y salud de las personas, y la propiedad a través de sus bienes), y la necesidad de probar la puesta en peligro de los mismos.

En el mismo sentido, identificando una clara protección de los bienes salud animal o vegetal y el abastecimiento de la población, el Art. 291 del Código Penal chileno sanciona a “Los que propagaren indebidamente organismos, productos, elementos o agentes químicos, virales, bacteriológicos, radiactivos, o de cualquier otro orden que por su naturaleza sean susceptibles de poner en peligro la salud animal o vegetal, o el abastecimiento de la población, serán penados con presidio menor en su grado máximo”.

al juez, y 2) Delitos *de peligro abstracto*<sup>392</sup>, que serían aquellos delitos de peligro en los que el tipo no hace directa referencia a la puesta en peligro de un bien jurídico concreto, razón por lo que bastaría, para su concurrencia, la sola demostración de la realización de la conducta típica, concurriendo una suerte de “presunción de derecho de peligro” que no admitiría prueba en contrario (v.g. el art. 379 del CP español<sup>393</sup> y los delitos de tenencia y porte ilegal de armas de fuego y municiones chilenos, tipificados en la ley N° 17.798 sobre control de armas, identificados como delitos de peligro abstracto para la seguridad colectiva<sup>394</sup>), y en donde la decisión sobre la concurrencia del peligro queda aquí determinada ya no judicialmente, sino ya legislativamente<sup>395</sup>.

## **b) Bienes jurídicos individuales y colectivos**

Los bienes jurídicos admiten ser clasificados, también, según su titular, lo que permite distinguir entre bienes jurídicos *individuales* y *colectivos*<sup>396</sup>.

Los primeros, también en ocasiones llamados “personales”, son reconocibles de manera directa en el origen liberal mismo del bien jurídico, y se identifican con aquellos de titularidad de los individuos particularmente considerados, sean estas personas naturales o jurídicas. A su interior, es posible distinguir, en mayor detalle, a los bienes jurídicos *personalísimos*, identificados como propios de la persona física como son la vida, la

---

392 Una propuesta de subcategorización al interior de los delitos de peligro abstracto, entre delitos de aptitud (o de idoneidad) y delitos de efecto acumulativo, en MAÑALICH RAFFO (2021b).

393 El artículo 379 del Código Penal español, que establece que:

“1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacentes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro”.

Así, el tipo recién transcrito hace punible la mera realización de la conducta relativa a la conducción de determinados vehículos bajo determinadas circunstancias, sin hacer referencia a ningún bien jurídico protegido en particular.

394 En extenso, en VILLEGAS DÍAZ, Myrna (2020) “Tenencia y porte ilegales de armas de fuego y municiones en el derecho penal chileno”, *Política Criminal*, Vol. 15, N° 30 (diciembre 2020), Art. 8, pp. 792-759.

395 Así, en MAÑALICH RAFFO (2021b).

396 Mañalich, por su parte e identificando al bien jurídico como una “propiedad”, favorece una distinción entre una protección del mismo en interés de su titular (los individuales) o en interés de sus beneficiarios (los colectivos), en MAÑALICH RAFFO, (2021b).

libertad, la libertad y la indemnidad sexual, y el honor, entre otros<sup>397</sup>. Muñoz Conde identifica aquí, en primer lugar, la vida y la salud, a los que suma otros presupuestos materiales necesarios para la autorrealización humana, indispensables para la conservación de la vida y el alivio del sufrimiento, como son los medios de subsistencia en general (alimentos, vestido, vivienda); junto a otros ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo, como el honor y la libertad<sup>398</sup>.

Los bienes jurídicos de carácter *colectivo, supraindividual o universales*<sup>399</sup>, por el contrario, son identificados como unos de titularidad de la sociedad o de la comunidad, cuya afección impacta siempre a una masa de individuos o, a lo menos, a un colectivo<sup>400</sup>.

Rodríguez Puerta caracteriza los delitos supraindividuales, de carácter colectivo o difuso, como delitos

‘sin víctimas individuales, es la colectividad, la sociedad, la titular del bien jurídico o interés tutelado. Aunque en ocasiones puedan producirse daños concretos a víctimas individualizables, la comisión de la mayor parte de estos delitos no demanda, para su apreciación, de la “causación” individual de daños’<sup>401</sup>.

En sintonía, Muñoz Conde los identifica como “comunitarios”, en tanto afectan a la comunidad y suponen, además, un cierto orden social o estatal, como sería el caso de la salud pública, la seguridad vial y la organización, entre otros<sup>402</sup>.

### **2.1.3. La función *identificatoria***

De conformidad a lo visto y sostenido en el capítulo anterior, es decir, desde una comprensión del concepto de *víctima* como el estatus jurídico-penal que ostenta aquella entidad titular del bien jurídico, es posible reconocer, también, una función identificatoria del bien jurídico, en la medida en que la determinación de *cuál* es el bien jurídico

---

397 Cuya protección se identifica primigeniamente con el Derecho penal clásico, aquel conocido como “Derecho penal nuclear”, “de núcleo mínimo” o “Derecho penal mínimo”, es decir, aquel que habría de ocuparse, en exclusiva, de bienes jurídicos personales que encuentran protección mediante la tipificación de delitos que se configuran como de resultado o de lesión, en oposición a un Derecho penal concebido como “accesorio”, más propio de la modernidad, que expande su campo de intervención hacia la protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales y que, característicamente, tipifica conductas desde una configuración típica de delitos de peligro, anticipando la esfera punitiva. Así, en HASSEMER (1991).

398 MUÑOZ CONDE (1975), p. 47.

399 Así denominados en HASSEMER y MUÑOZ CONDE (1989).

400 Así en BUSTOS RAMÍREZ (1987) p. 137.

401 RODRÍGUEZ PUERTA (2020), p. 4.

402 MUÑOZ CONDE (1975), p. 48.

protegido en un determinado precepto penal, permitiría identificar, a su vez, quién (o qué) es su titular, es decir, la víctima.

Se trata, sin duda, de una función vinculada de manera directa con la función *interpretativa*, aunque esta vez dirigida a la identificación de la parte afectada por la comisión del delito, algo que reviste no poca importancia por cuanto, como se ha avanzado, la determinación de quién ostenta el estatus de víctima en un determinado tipo penal resulta imprescindible para una correcta delimitación de los diversos roles procesales y extraprocesales, además de la adscripción de una serie de derechos asociados al mismo.

Asimismo, la identificación de quién es el titular del bien jurídico protegido en un determinado tipo penal permite distinguir a la víctima *directa* (titular del bien jurídico), de la *indirecta* (no titular del bien jurídico, pero afectada por las consecuencias del quebrantamiento de la norma de comportamiento), y la consiguiente delimitación de roles y adscripción de derechos asociados a cada estatus.

Como se vio en el capítulo anterior, un ejemplo muy sencillo de ello sería el caso del delito de homicidio, en que la víctima *directa* será aquella que ha sido afectada en su bien jurídico “vida”, mientras que *indirectas* serán aquellas cuyos intereses han sido afectados, pero no a título de bien jurídico protegido, como los familiares y allegados de la víctima directa. Otro ejemplo sería, para el caso de que diésemos por buena la afirmación de que los animales ostentan algún bien jurídico en los tipos penales de maltrato animal (p. ej., su bienestar), sería aquí el animal la víctima directa, mientras que terceros, como su tenedor o dueño, p.ej., lo serían de manera indirecta.

## **2.2. Las funciones *axiológicas* del bien jurídico**

Como indicaren Bustos y Hormazábal, el bien jurídico, además de cumplir una función interpretativa, cumple con otras funciones, a las que han identificado como 1) una función *político criminal*, en tanto el bien jurídico se desempeñaría como un límite al poder punitivo del Estado, imponiéndole la obligación de dictar normas penales sólo en función de la protección de aquellos, descartando todo otro tipo de consideraciones, y 2) una función *crítica*, en tanto sirve al propósito de cuestionar y revisar al sistema penal de manera constante, generando procesos de descriminalización (es decir, de eliminación de injustos que no protejan bienes jurídicos) y de criminalización (vale decir, de creación de

nuevos injustos en función de la protección de bienes jurídicos)<sup>403</sup>.

Hormazábal las identifica como funciones a) de *límite al ius puniendi*, en cuanto limita al legislador para que sólo produzca preceptos penales que protejan bienes jurídicos; b) *garantizadora*, en tanto revelaría “el qué y el porqué de la punición”, permitiendo así la revisión crítica del sistema y la verificación de los procesos de incriminación y desincriminación, y c) de *legitimación material de la norma penal*, en tanto justifica racionalmente su existencia como expresión formalizada de control<sup>404</sup>.

Como es posible advertir, estas funciones, a las que es posible identificar en términos generales como “funciones axiológicas” del bien jurídico, se despliegan en dos momentos distintos, a saber: como un *prius*, es decir, como elemento crítico al momento de la adopción de una determinada decisión de criminalización; y como un *posterius*, esto es, para evaluar si una determinada decisión de criminalización cumple con los principios limitadores del Derecho penal. En el primer momento, el bien jurídico sirve como herramienta axiológica al legislador, mientras que en el segundo, a los jueces y a la doctrina. Ambos momentos pueden advertirse con claridad en las funciones identificadas por Hassemer y Muñoz Conde, para quienes el concepto de bien jurídico “ofrece al legislador un criterio plausible y práctico a la hora de tomar sus decisiones y, al mismo tiempo, un criterio externo de comprobación de la justicia de esas decisiones”<sup>405</sup>.

Con todo, para la determinación de la corrección axiológica de una decisión de criminalización, tanto en la fase de *prius* como en la *posterius*, resulta ineludible atender a la estrecha vinculación del bien jurídico con los principios limitadores del *ius puniendi* estatal<sup>406</sup>. En efecto, el control punitivo del Estado, desplegado con mayor impacto a

---

403 BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE (2006).

404 Si bien el autor utiliza el concepto de “norma penal”, entiendo aquí que lo hace comprendiendo, también, a los “preceptos penales”, contendores de los tipos penales, así visto desde la perspectiva de la teoría dualista de las normas. En HORMAZÁBAL MALARÉE (1991), pp. 9 y ss.

405 HASSEMER y MUÑOZ CONDE (1989) p. 105. Asimismo, una férrea defensa de la función crítica, en GARCÍA ARROYO, Cristina (2022) “Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 24-12 (2022), pp. 1-45.

406 De ello dan buena cuenta, v.g. Bustos, quien ubica al bien jurídico entre aquellos principios garantistas del Derecho penal de carácter material, distinguiéndolos de los de carácter formal, en BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1999) “Principios garantistas del derecho penal y del proceso penal”, *Revista Nuevo Foro Penal*, N° 60, abril 1999, pp. 105-113; mientras que Hefendehl, por su parte y en un sentido afín, considera al bien jurídico como el eje material que permite la aplicabilidad de los principios restrictivos complementarios, en HEFENDEHL, Roland (2003) “El bien jurídico como eje material de la norma”, pp.179-196, y en (2006) “De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico”, pp. 459-475, ambos en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

través del control social que se verifica por vía del Derecho penal<sup>407</sup>, se encuentra – o, al menos, debería encontrarse – severamente limitado por una serie de principios que intentan realizar la máxima ilustrada del s. XVIII, esto es, aquella que impone que el Derecho penal ha de considerarse como, según indica Muñoz Conde, ‘un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad, que sólo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada por “el imperio de la ley”’<sup>408</sup>. Para este, el bien jurídico juega un rol fundamental en relación con el principio de *intervención mínima*, principio que impone la máxima de que “el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes”, y que se descompone en los subprincipios, a modo de consecuencias, de: a) *Subsidiariedad* del Derecho penal, en virtud del cual éste “solamente debe intervenir en los casos en los que no sean suficientes las sanciones previstas por otras ramas del Derecho”<sup>409</sup> – bajo la premisa, por cierto, de que la penal no es la única rama del Derecho que protege bienes jurídicos, función que también cumplen otras ramas cuyo impacto resulta menos lesivo, como son el Derecho Civil y el Administrativo<sup>410</sup> –, y b) Su carácter *fragmentario*, en orden al cual el Derecho penal debe limitarse sólo a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, lo que se traduce en que, como indica el autor, “de toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, el Derecho penal sólo se ocupa de una parte – fragmentos –, si bien la de mayor importancia”<sup>411</sup>. Así, para los bienes y los ataques menos relevantes, otras ramas han de buenamente dispensar un correcto nivel de protección<sup>412</sup>.

---

407 Sobre el Derecho penal como método de control social, véase BUSTOS RAMÍREZ (1987), HASSEMER y MUÑOZ CONDE (1989), p. 113 y ss., y DIEZ RIPOLLÉS, José Luis (1997) “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, ponencia presentada en *Congreso internacional en conmemoración del 75 aniversario del código penal argentino*, Buenos Aires, 1997.

408 MUÑOZ CONDE (1975), p. 59.

409 MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2019), p. 65.

410 En el mismo sentido, ROXIN (2013); HÖRNLE, Tatjana (2006) “Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Edición española, Atelier Libros Jurídicos, 2012, pp. 87-100; críticamente, y con un enfoque en el desarrollo de propuestas para la determinación de cuándo efectivamente, de conformidad a la última ratio, habría de actuar el Derecho penal, en WÖHLERS, Wolfgang (2006) “Derecho penal como última ratio. ¿Principio fundamental de Derecho penal de un Estado de derecho o principio sin un contenido expresivo propio?”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Edición española, Atelier Libros Jurídicos, 2012, pp. 109-128.

411 MUÑOZ CONDE (1975), p. 75.

412 En un sentido similar, pero reforzando la idea de que sólo pueden ser bienes jurídico-penales los de mayor importancia, a través de la exigencia de que los mismos se encuentren legitimados constitucionalmente, es decir, tener relevancia constitucional, el así llamado “Penalismo constitucionalista” de la Escuela de Boloña. Fundamental aquí, BRICOLA, Franco (2012) *Teoría general del delito*, Trad. RESTREPO RODRÍGUEZ, Diana, Editorial B de F Ltda, Montevideo, Colección Maestros del Derecho Penal, N° 38,

Estrechamente vinculado con el bien jurídico se encuentra el principio de *lesividad*, en donde aquel cumpliría un rol insustituible como instrumento de concreción de los contenidos penalmente protegibles configurándose, por una parte, como la medida para la determinación de *qué es lo que ha de protegerse* de ser lesionado (en el *prius*) como, por otra, por constituirse en la medida para la *determinación de la concurrencia de lesividad*, lo que se advertirá al verificar, al momento de la subsunción, si efectivamente se ha producido una lesión o puesta en peligro al bien jurídico a través de la realización de la conducta. Así, para Ferrajoli p. ej., el principio de *lesividad* u *ofensividad penal* es, a la vez, tanto fin del Derecho penal como garantía del mismo, generando dos tipos de consecuencias: a) en abstracto, proscribiendo el castigo de hechos que no ofendan bienes jurídicos, sub-principio dirigido al legislador, y b) en concreto, imponiendo el mandato de no castigar a alguien por un hecho que, aunque típico, no produzca en concreto daño o peligro al bien jurídico, principio dirigido, esta vez, al juzgador<sup>413</sup>.

Mir Puig, por su parte, identifica la función de servir como punto de referencia para la concreción del principio constitucional de *proporcionalidad* en materia penal. En efecto, sostiene que la recurrencia al bien jurídico permite cumplir con las condiciones que, estima, debe cumplir toda intervención estatal cuyos efectos impliquen la vulneración de derechos individuales, estos es: a) la necesidad de afectación (de un bien jurídico); b) la idoneidad de la medida para conseguir su objetivo, y c) la proporcionalidad, *stricto sensu*, entre la lesión de derechos que supone la medida, y el beneficio social que persigue la misma, condiciones todas que, en definitiva, revelan la subordinación del *ius puniendi* estatal a las personas<sup>414</sup>.

Todo lo anterior, visto desde otro ángulo, se corresponde también con el principio de *exclusiva protección de bienes jurídicos* que, en palabras de Hormazábal, lisa y llanamente “implica que las normas penales no pueden proteger otra cosa que no sean

---

2012; DONINI, Massimo (2011) “La herencia de Bricola y el Constitucionalismo penal como método. Raíces nacionales y desarrollos supranacionales”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 7, Nº 77, julio-diciembre 2011, pp. 43-83. Ampliamente sobre la influencia de la Escuela de Boloña y el método del así conocido “Derecho Penal Constitucional”, en DURÁN MIGLIARDI, Mario (2013) “El Planteamiento Teleológico Constitucional de la Escuela de Bologna y la obra de Franco Bricola como antecedentes históricos y metodológicos de la noción de Derecho Penal Constitucional”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 20 – Nº 2, 2013, pp. 305-326. Una postura crítica al Derecho Penal Constitucional, en BUSTOS RAMÍREZ (1994), pp. 108-109.

413 FERRAJOLI, Luigi (2012) “El principio de lesividad como garantía penal”, en *Revista Nuevo Foro Penal* Vol. 8, No 79, julio-diciembre 2012, pp. 100-114, Universidad EAFIT, Medellín.

414 MIR PUIG (2005), p. 14.

bienes jurídicos”<sup>415</sup>, o como indicara Frisch, “La limitación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos implica, pues, la garantía o la barrera para que determinadas realidades, que no pueden definirse como bienes jurídicos o como lesiones de bienes jurídicos, queden al margen del Derecho penal”<sup>416</sup>.

En conclusión, es posible afirmar que el bien jurídico participa, de modo clave, en la legitimación del Derecho penal<sup>417</sup>, cumpliendo un doble rol: por una parte, como instrumento de concreción de los contenidos penalmente protegibles y, por otra, por constituirse también en la medida para la determinación de la concurrencia, o no, de su lesión o puesta en peligro.

### 2.2.1. Críticas a las funciones axiológicas

Sin embargo, como se adelantó, las funciones axiológicas del bien jurídico han sido blanco de fuertes críticas<sup>418</sup>. Así, p. ej., algunos autores centran sus críticas en la constatación de la existencia de tipos penales respecto de los cuales el bien jurídico, derechamente, no habría cumplido función limitadora alguna, lo que daría cuenta de su nula eficacia. En este sentido Fernández Cabrera, v. g., cuestiona la capacidad del bien jurídico en su función de límite al *ius puniendi* por, precisamente, haber demostrado ser incapaz de limitar el, así por ella identificado, “fenómeno de expansión legislativa”<sup>419</sup>, fenómeno que supone, entre otras cosas, la ampliación de los tipos penales existentes; un aumento en la punición de los actos preparatorios, y una anticipación del reproche a través del incremento de los delitos de peligro. Responsabiliza, con todo, de esta incapacidad a

---

415 HORMAZÁBAL MALARÉE (2003), p. 127. En igual sentido, ROXIN, Claus (1976) “Sentido y límites de la pena estatal”, pp. 11-36, en *Problemas básicos del Derecho penal*, Trad. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Ed. Reus S.A., Madrid, 1976. También en DIEZ RIPOLLÉS (1997).

416 Aunque en el mismo trabajo, más adelante, el autor se empeña en demostrar que ello no ocurre así en la práctica, sugiriendo la poca adecuación del bien jurídico como herramienta crítica de política-criminal. En FRISCH, Wolfgang (2003) “Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 309-339, p. 309.

417 Así también concluye SCHÜNEMANN, Bernard (2006) “Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Edición española, Atelier Libros Jurídicos, 2012, pp. 63-85.

418 Mientras que sus funciones como herramienta sistémica y de interpretación no aparecen como problemáticas, como indica PAWLIK (2016); como también FERNÁNDEZ CABRERA, Marta (2016) “A vueltas con la función político-criminal del bien jurídico”, en *Foro Nueva época*, vol. 19, núm. 1 (2016), pp. 173-202.

419 FERNÁNDEZ CABRERA (2016), p. 176.



todas aquellas teorías del bien jurídico que lo han desprovisto de sustrato material (es decir, las corrientes *inmanentistas* o *espiritualizadoras*)<sup>420</sup>.

Hassemer también, aunque en un intento por mantener vigente la capacidad crítica del bien jurídico, encuentra una posible causa de su descrédito en el contexto del así llamado “Derecho penal moderno”, fenómeno que habría transformado el principio negativo de protección de bienes jurídicos en uno positivo de criminalización. Así, en sus palabras, “lo que se formulaba clásicamente como una crítica al legislador de que no podía crear delitos donde no existiera un bien jurídico, se ha transformado en una exigencia de que criminalice determinadas conductas”, dejando, por tanto, de servir como límite<sup>421</sup>.

En un sentido afín, algunos autores apuntan a que las dificultades del bien jurídico provienen de la excesiva vaguedad del concepto, lo que apareja, como consecuencia, una nula aptitud crítica. Así Alonso Álamo<sup>422</sup> apunta a las dificultades para establecer y determinar el concepto mismo de bien jurídico, merced del exceso de vaguedad e inmaterialidad en el mismo, lo que facilita la existencia de delitos carentes de bienes jurídicos – de lo que, también, responsabiliza a la tendencia expansiva del Derecho penal –. Frisch, igualmente, cuestiona su *vaguedad* y *escasa función limitadora*, lo que se reflejaría, indica, en que las diversas definiciones del bien jurídico permitirían caracterizar como tal a “demasiadas cosas”<sup>423</sup>. Determinar qué es un “interés legítimo”, o qué es “valioso” resulta extremadamente amplio, lo que empobrecería su potencial crítico<sup>424</sup>. A lo anterior, suma la falta de competencias legítimas, en muchos ámbitos, del penalista y del legislador penal “para tomar la decisión sobre si determinadas realidades son o no bienes jurídicos”<sup>425</sup>, constatando que, en la práctica, dichas decisiones son tomadas previamente por el legislador de los ordenamientos jurídicos primarios, como el administrativo económico o el administrativo ambiental.

En un sentido afín, Amelung sostiene que las dificultades para su rendimiento crítico se vinculan con el cuestionamiento a la manera en que se determina qué bien puede ser

---

420 *Ibid.*

421 HASSEMER (1991), p. 239.

422 ALONSO ÁLAMO, Mercedes (2014) *Bien jurídico penal y derecho penal mínimo de los derechos humanos*. Colección Estudios, Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, pp. 21 y ss.

423 FRISCH (2003), énfasis en original.

424 Sin ir más lejos, ejemplifica esta crítica en la existencia de tipos penales como el de maltrato animal, en el que, según el autor, se penalizaría la lesión de “meras concepciones o sentimientos morales”. FRISCH (2003), p. 313.

425 *Ibid.*, p. 315.

considerado jurídicamente protegible, es decir, en los “juicios de valor”, lo que resulta una tarea casi imposible en las actuales sociedades, axiológicamente plurales y cada vez en mayor medida multiculturales. Como Frisch, releva la profunda desconfianza existente hacia el legislador y a su idoneidad para verificar dichos juicios de valor, todo lo que, en su conjunto, debilitaría la aptitud del bien jurídico para servir como herramienta válida de política-criminal<sup>426</sup>.

### 2.2.2. Algunas posibles soluciones en rescate de las funciones axiológicas

Como respuesta a muchas de las críticas revisadas *supra*, algunos autores, en un intento por salvar al bien jurídico a través del rescate de su función crítica, sugieren algunas soluciones.

Así, a modo de diagnóstico, Seher apunta a que el bien jurídico ha sido sobrexigido, sobredimensionándose sus verdaderas posibilidades, en circunstancias de que es imposible que un solo concepto pueda cumplir correctamente con todas las funciones con las que, históricamente, se ha *cargado* al bien jurídico<sup>427</sup>. En un sentido afín, Schünemann acusa que la crítica que demanda del bien jurídico una definición omnicompreensiva y clasificatoria, que permita subsumir en ella todos los muy distintos tipos penales, parte de presupuestos metodológicos falsos, en tanto desconoce que un principio, como estima es el bien jurídico, debe necesariamente alcanzar niveles de abstracción, incompatibles con semejante expectativa<sup>428</sup>.

Hefendehl, por su parte, apunta a la necesidad de desambiguar la noción de bien jurídico de otras propias de la dogmática penal apuntando, particularmente, a la asimilación que la doctrina tiende a realizar entre el *bien jurídico* y el *objeto de protección*<sup>429</sup>. A efectos de distinguirlos, el autor favorece identificar al *objeto de protección* como lo que “surge de la contemplación del curso puramente externo de la acción incriminada sin tener en cuenta la contrariedad a la norma”<sup>430</sup>, y distingue tres formas en que la técnica legislativa admite, de *lege lata*, plasmar la relación entre bien y objeto: a) aquellos casos en que se utiliza el bien jurídico directamente en la formulación del tipo, situación en la que serán,

---

426 AMELUNG (2003).

427 SEHER (2003) p. 77. En el mismo sentido, HEFENDEHL (2003).

428 SHÜNEMANN (2003).

429 Como hace, por ejemplo, MAÑALICH RAFFO (2021a).

430 HEFENDEHL (2003), p. 180.

por tanto, idénticos (coincidencia formal y de contenido), v. g. en el delito de estafa, el término “patrimonio” describe tanto al bien jurídico como al objeto de la acción ; b) en los casos en que se produce una coincidencia sólo de contenido, v. g. en el delito de homicidio, en que el bien jurídico es la vida humana, y el objeto el cuerpo físico de la persona, y c) los casos en que no habría coincidencia ni material ni formal, como serían aquellos en que el legislador prohíbe la realización de una conducta que causa una modificación que no alcanza a considerarse la lesión de un bien jurídico, v. g. la conducción en estado de ebriedad<sup>431</sup>.

En un sentido diverso, aunque próximo, Lascuráin propone diferenciar entre aquello que es *lo protegido*, de aquello que es *lo protegible* por una norma de comportamiento penal<sup>432</sup>. Así, en el marco de la ya recurrida distinción entre teorías inmanentes y teorías trascendentes del bien jurídico, sostiene que ambas tendencias no son, en realidad, dos formas de ver o explicar un mismo concepto, sino que se trata de dos conceptos distintos que comparten un mismo *significante*, el de bien jurídico<sup>433</sup>. Estimando ambos conceptos como necesarios, Lascuráin los identifica de la siguiente forma: en primer lugar, un *concepto dogmático*, que permite una mejor comprensión del ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, un *concepto de política criminal*, enfocado en lo que ordenamiento *debe ser*, es decir, un instrumento para su construcción racional. El primero se identifica con *lo protegido*, y se vincula con la identificación del objeto inmediato de protección de la norma penal; mientras que el segundo lo hace con *lo protegible*, vinculado esta vez a la demanda de proporcionalidad de la intervención penal. En base a esta distinción, propone el desarrollo de dos teorías paralelas: la teoría de lo protegido y la teoría de lo protegible. Así, la teoría de *lo protegido* sería una teoría dogmática del bien jurídico, de carácter eminentemente formal, que se limita a describir *lo que es* y no *lo que debe ser*<sup>434</sup>. La teoría de *lo protegible* sí sería, en cambio, una teoría política, una que parte del presupuesto axiológico de aspirar a la legitimación democrática de la intervención penal a partir del criterio, liberal e igualitario, de la autonomía moral de la persona, directamente vinculado con el principio de proporcionalidad<sup>435</sup>.

---

431 *Ibid.*

432 En el mismo sentido en que he propuesto diferenciar las funciones dogmáticas de las axiológicas del bien jurídico.

433 LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2007) “Bien jurídico y objeto protegible”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. LV, 2007, pp. 119- 163.

434 *Ibid.*, p. 139.

435 *Ibid.*, pp. 147 y ss.

Destacan también las propuestas que algunos autores realizan para determinar *qué debería comprender* el bien jurídico, a efectos de convertirse en una herramienta crítica. En primer lugar, Hassemer sugiere los siguientes criterios: 1) debe adecuarse a la realidad, demandando “una integración inteligente en el sistema de bienes jurídicos de las condiciones de vida de la moderna socialización, esto es, sobre todo de intereses universales”; 2) debería ser selectivo y nítido, con diferenciaciones precisas y cercanas a los hechos, y 3) debería ser generalmente comprensible, facilitando así el control democrático al legislador<sup>436</sup>.

Similar, Fernández Cabrera sostiene que un bien jurídico hábil para la función crítica habría de cumplir con las siguientes condiciones: 1) debe recaer sobre un objeto concreto de la realidad<sup>437</sup>, evitando fórmulas difusas, omnicomprensivas o espiritualizadas, imposibles de lesionar concretamente<sup>438</sup>; 2) debe ser lesionable a través de conductas individuales, permitiendo distinguir un cambio en la situación anterior y la posterior a la lesión, y 3) debe referir sólo a aspectos fundamentales para la convivencia social, es decir, debe ser legítimo según una decisión valorativa adoptada por una determinada sociedad, en un momento histórico dado<sup>439</sup>. Con todo, y aun cumpliéndose las condiciones expuestas, la autora sugiere que la función político criminal del bien jurídico es, y será siempre, limitada, por lo que el análisis crítico del sistema deberá acompañarse, en todo caso, de los otros principios limitadores del *ius puniendi*, tales como el principio de fragmentariedad y el de subsidiariedad<sup>440</sup>.

Finalmente Muñoz Conde, siguiendo la receta provista previamente por Mayer para determinar cuándo, a razón de los bienes jurídicos, debería intervenir el Derecho penal, defiende tres cualidades a cumplir por parte de aquellos: en primer lugar, deben poseer la

---

436 HASSEMER (2003) p. 96.

437 Adhiriendo la autora, expresamente, a la “teoría de la dañiosidad” de Amelung, en FERNÁNDEZ CABRERA (2016), p. 181.

438 Rechaza, expresamente, la fórmula de Jakobs, señalando que las normas, o el sistema normativo, no son un bien en sí mismo, sino más bien un “mal necesario” cuyo contenido debe ser limitado. Asimila a estas tesis “vacías de contenido” también la propuesta de Hefendehl, que identifica al bien jurídico como la confianza en el buen funcionamiento de una institución, enfocando su crítica en la imposibilidad de determinar cuándo se produce una lesión en un elemento difuso como la confianza, y qué grado de lesión sería suficiente para la actuación penal. Así, *ibid* p. 185-186. En el mismo sentido, Roxin argumenta que, a su juicio, la estabilización de la norma no es un fin en sí mismo, sino que es un medio para la evitación futura de lesiones reales a bienes jurídicos, en ROXIN (2013).

439 FERNÁNDEZ CABRERA (2016), p. 189.

440 *Ibid*. P. 193. En un sentido afín, Cardona propone distinguir entre bienes jurídicos legítimos e ilegítimos. Los legítimos, en primer lugar, serían aquellos respecto de los cuales el legislador ha adoptado la decisión de protegerlos respetando los principios limitadores del Derecho penal. Los ilegítimos, en cambio, serán aquellos respecto de los cuales la decisión del legislador ha sido adoptada sin respetar los principios y postulados garantistas del Derecho penal, razón por la cual admiten ser criticados, si bien no desde una perspectiva formal, ciertamente desde una perspectiva material, en CARDONA BARBER (2019), pp. 159 y ss.

cualidad de *merecimiento de protección*, lo que dependerá del valor que una cultura determinada atribuya a ese bien en particular; en segundo, la cualidad de *necesidad de protección*, en tanto fracasadas o insuficientes las protecciones que pudieren dispensarle otras ramas del Derecho menos gravosas, como el civil o el administrativo, y tercero, la *capacidad de protección*, dando cuenta de que no todos los bienes jurídicos son igualmente idóneos para recibir protección penal destacando, p.ej., la falta de idoneidad de la moral sexual para una protección jurídico-penalmente reforzada<sup>441</sup>.

Habiéndose revisado los distintos aspectos de la teoría del bien jurídico mayoritariamente tratados por la doctrina, a continuación se examinará la noción de bien jurídico desde una perspectiva ontológica, a efectos de identificar no para qué sirve sino, derechamente, qué es.

### **3. El bien jurídico desde una perspectiva *ontológica*: el concepto de bien jurídico**

Si bien la dimensión axiológica del bien jurídico recién explorada reviste, estimo, una indubitada importancia para la buena salud de un Derecho penal clásico, garantista de un Estado de Derecho y de los derechos fundamentales, no es aquella la discusión que permite, al menos no por sí sola, determinar *qué es*, desde una perspectiva ontológica, el bien jurídico, cuestión que empuja de manera directa a la presente tesis, en tanto elemento clave para la configuración de la víctima en la fase de la aptitud para constituirse en tal (la víctima potencial). En lo que sigue, ofreceré una propuesta de comprensión del concepto de bien jurídico desde esta perspectiva, basada en la noción de “interés”.

#### **3.1. El favorecimiento de una comprensión del bien jurídico *qua* interés**

Como se adelantó al tratar la cuestión sobre la carga antropocéntrica de varias de las nociones de bien jurídico ofrecidas por la doctrina<sup>442</sup>, hay buenas razones para favorecer una comprensión de su ontología centrada en la noción de interés, es decir, una concepción “*interescentrica*”, en la que el bien jurídico se aleja de la centralidad antropogénica para dar paso a una comprensión que admite, en base a la noción de interés,

---

441 MUÑOZ CONDE (1975), p. 76 y ss.

442 *Vid supra*.

la posibilidad de que entidades distintas a la persona natural y a la persona jurídica puedan ser titulares de bienes jurídicos penalmente protegidos.

En concreto, una comprensión del bien jurídico sustentada en la noción de *interés* se ve fortalecida por varias razones, a saber: a) se trata de una noción que se encuentra ya presente en algunas de las definiciones aquí revisadas; b) permite favorecer una comprensión del bien jurídico que es *trascendente*, es decir, en que el Derecho reconoce al bien en tanto bien; c) permite, también, favorecer una comprensión *institucional* o *iuspositivista* del mismo, en tanto es el Derecho el que le concede la calidad de “jurídico”, instituyéndole como tal; y d) permite, finalmente, vincular de manera inmejorable la noción de bien jurídico con la de víctima ofrecida en el capítulo anterior, esto es, como la entidad capaz de poseer *intereses penalmente protegidos*.

Ciertamente, fundante en esta comprensión resulta, sin lugar a dudas, la propuesta de Franz von Liszt, quien reconocidamente consagró la concepción del bien jurídico como un “interés jurídicamente protegido”. Así, para el autor, todos los bienes jurídicos son *intereses vitales* del individuo o de la comunidad que, si bien han sido creados por la vida, son protegidos jurídicamente por el Derecho, quien los eleva a la categoría de bien jurídico<sup>443</sup>.

Con todo, y a pesar de tratarse de una concepción enmarcable al interior de las corrientes *trascendentalistas*, se inscribe también al interior del *iuspositivismo*, en tanto no soslaya la importancia del Derecho positivo en su rol de, en primer lugar, identificar un interés como jurídicamente protegible y de, en segundo, dotarle de una protección jurídico-penalmente reforzada, convirtiéndolo así en bien jurídico. Dicho de otro modo, este interés, una vez juridificado – es decir, reconocido y protegido institucionalmente por el Derecho – se constituye en *bien jurídico*, lo que en palabras de Hassemer y Muñoz Conde se traduce en que el legislador “configura” los bienes jurídicos a la hora de crear un tipo penal, de forma que no se limita sólo a “sacarlo” de la realidad social, sino que despliega, en ello, una función de política<sup>444</sup>.

Siendo ello así, resulta posible sugerir que la noción de *interés*, como núcleo en la determinación de *qué es* el bien jurídico desde una perspectiva ontológica, aparece no sólo como teóricamente correcta sino que, además, ofrece un sustrato teórico sumamente

---

443 VON LISZT, Franz (1882/1883) *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4º Ed., en BUSTOS RAMÍREZ (1981), p. 105.

444 HASSEMER y MUÑOZ CONDE (1989), p. 111, énfasis en los verbos “configurar” y “sacar” así propuesto por los autores.

próspero a efectos de ser vinculado a la noción de víctima como “titular del bien jurídico *qua* interés jurídico-penalmente protegido” y, así, favorecer una posible titularidad de parte de los animales, como se adelantó en el capítulo anterior. En efecto, la idea de bien jurídico *qua* interés permite su titularidad por parte de los animales en tanto sintientes, puesto que no sólo poseen intereses subjetivos generales sino que, en concreto, son titulares de intereses jurídico-penalmente relevantes. A continuación, en mayor profundidad sobre la determinación de cuáles son esos intereses penalmente relevantes.

### 3.2. La determinación de los intereses penalmente relevantes

Ahora bien, para el correcto favorecimiento de una comprensión ontológica del bien jurídico *qua* interés jurídico-penalmente protegido, deviene imprescindible ahondar en la cuestión relativa a cómo habrían de identificarse los intereses que son, efectivamente, penalmente relevantes.

En el capítulo anterior, se abordó la cuestión relativa a qué ha de entenderse por intereses; cuáles de ellos son relevantes para el Derecho y, en particular, cuáles lo son para el Derecho penal<sup>445</sup>. Así, siguiendo a Feinberg<sup>446</sup>, se ha sostenido que los intereses penalmente relevantes habrían de ser los de “bienestar” (*welfare interests*), dotados de un carácter de *bare minima*, y cuya posesión es predicable tanto de los animales humanos como no humanos. Con todo, se trata de una comprensión de los intereses penalmente relevantes desde la óptica del *harm principle*, y no del bien jurídico, razón por la que, ante la ausencia de más abundantes aportes doctrinarios sobre el asunto en el campo de este último, parece conveniente profundizar en la vinculación de ambos principios.

Así, a continuación se ofrece una revisión del que podría considerarse como el “equivalente anglosajón” de nuestro principio de lesividad<sup>447</sup>, el *harm principle*, o “principio del daño”, el cual asume una noción de interés que ha sido abordada por la doctrina de manera mucho más productiva que en materia de bien jurídico. Por cierto,

---

445 Particularmente, en el acápite 6.

446 FEINBERG (1984).

447 Así entendido por, p. ej., FERRAJOLI (2012), quien expresamente asimila el *harm principle* al principio de lesividad o de ofensividad penal; o SEHER (2003), en tanto afirma que el *harm principle* no sólo resulta útil para comprender, sino que también para enriquecer el debate sobre el bien jurídico. En el mismo sentido, también ROXIN (2013). En contra de esta asimilación, desde una comprensión del bien jurídico como una “propiedad”, y no como un interés, por lo que el bien jurídico sería el objeto de protección, mientras que el fundamento de protección sería “en interés de quién se protege el bien jurídico”, en MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, (2022) “La criminalización del aborto bajo el principio del daño”, borrador inédito, pp. 6-7.

toda alusión que aquí se haga a los “intereses”, habrá de ser entendida en torno a la comprensión de los mismos ofrecida en el capítulo anterior, es decir, vinculada a noción de “sintiencia” como condición necesaria y suficiente para su posesión<sup>448</sup>.

### 3.2.1. El *harm principle* y el bien jurídico

El principio del daño y el principio de lesividad de bienes jurídicos tienen no poco en común. Sólo como punto de partida, es posible afirmar que ambos provienen de una misma tradición político liberal, ilustrada<sup>449</sup>, y que ambos persiguen responder a la pregunta sobre la legitimidad de la intervención penal estatal<sup>450</sup>. Así, el *harm principle*, propio del ámbito angloamericano, y el de lesividad de bienes jurídicos, desarrollado inicialmente en ámbito del Derecho penal alemán y diseminado luego hacia gran parte Derecho continental, se diferenciarían principalmente, como destaca von Hirsch, en que el *harm principle* habría intentado permanecer fielmente acotado al núcleo clásico del Derecho penal, mientras que el bien jurídico, en cambio, habría expandido su esfera limitante hacia delitos no contemplados originalmente en el programa liberal, como son los delitos contra el correcto funcionamiento del mercado de capitales, los delitos contra el medio ambiente, etc.<sup>451</sup>.

Contemporáneo a la emergencia del bien jurídico, el principio del daño habría visto la luz por vez primera en la seminal obra de John Stuart Mill, *On Liberty*<sup>452</sup>, en donde consagra, *grosso modo*, que no es posible legítimamente castigar penalmente conductas que conllevan una lesión únicamente al mismo autor (paternalismo)<sup>453</sup>, ni tampoco conductas

---

448 por cierto, con exclusión del caso de las personas jurídicas y otras entidades afines, cuya posesión de intereses penalmente relevantes ha de encontrar sustento en condiciones distintas a la sintiencia.

449 WITTIG, Petra (2003) “Teoría del bien jurídico, Harm Principle y delimitación de ámbitos de responsabilidad”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 347.

450 SEELMANN, Kurt (2003) “El concepto de bien jurídico, el harm principle y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 373-382. En el mismo sentido, Roxin define el harm principle como la “limitación de la sanción jurídico-penal a modalidades de comportamiento que generen un daño”, lo que considera próximo, sino equivalente, al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, en ROXIN (2013), p. 2.

451 VON HIRSCH (2003).

452 MILL, John Stuart (1859) *On Liberty, Utilitarianism and Other Essays*, Oxford World’s Classics, Oxford University Press, 2008, Oxford.

453 Arneson caracteriza la oposición al paternalismo de Mill como “hard”, es decir, una oposición absoluta y sin excepciones a toda norma jurídico-penal de tipo paternalista, mientras que Feinberg, por su parte, tendría una postura “soft” admitiendo la posibilidad,



que puedan considerarse como meramente inmorales (moralismo), sino que, de manera exclusiva, sólo resulta legítimo el castigo de conductas capaces de causar *daño a otros*<sup>454</sup>. Para Mill, el principio del daño es un principio *exclusivo* en tanto es el único, y suficiente, principio limitador del Derecho penal – a diferencia de, como se verá, la teoría de Feinberg, para quien el *harm principle* es sólo uno, entre otros, principios limitadores del *ius puniendi* estatal<sup>455</sup>.

Distinto a Mill, y en línea con Feinberg, Seher apunta a que el sistema angloamericano, a diferencia del sistema continental, carece de un concepto sinónimo al de bien jurídico, razón por la que, para cumplir con la máxima liberal de alcanzar la legitimidad de la intervención penal, se sirve de una serie de principios – además del *harm principle* – que actúan como *filtros de legitimación*. Así, partiendo del presupuesto de que toda conducta que constituya un injusto es merecedora de pena, identifican dos géneros de injustos: en primer lugar, aquellos que se basan en las *consecuencias* de una acción y, en segundo, aquellos que se basan en la *acción misma* o en la actitud de quien la realiza. Al interior del primer género, es posible distinguir aquellos cuyas consecuencias son negativas *para terceros*, de aquellos cuyas consecuencias son negativas para el *autor mismo* que desempeña la conducta<sup>456</sup>.

Así entonces, los diversos principios habrían de actuar como filtros, entrelazados según el tipo de injusto de que se trate. El principio del *daño* y el principio de *ofensa (offence)*, p. ej., permiten filtrar aquellas conductas cuyas consecuencias afectan a terceros (las consecuencias más graves se enmarcan en el principio del daño, mientras que las menos lesivas lo hacen en el principio de ofensa); el *paternalismo*, por otra parte, se enfoca en filtrar aquellos injustos de consecuencias negativas para el autor mismo de la conducta, mientras que el *moralismo* busca imponer filtros a la sanción de conductas que, si bien carecen de consecuencias, son consideradas como negativas en sí mismas. En conjunto,

---

excepcional, de la dictación de normas paternalistas. En ARNESON, Richard, J. (2005) “Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism”, en *Legal Theory*, 11 (2005), pp. 259-284, Cambridge University Press.

454 También en VON HIRSCH (2003).

455 Así lo entiende también DUFF, R.A. (2001) “Harms and Wrongs”, en *Buffalo Criminal Law Review*, Vol 5, N 1, pp. 13-46. En el mismo sentido, Edwards propone una “disambiguation thesis”, en orden a sustentar la idea de que existen, desde una perspectiva analítica, varios y diversos harm principle. En EDWARDS, James (2014) “Harm Principles”, en *Legal Theory*, 20 (2014), pp. 253-285, Cambridge University Press. También, en un sentido afín identifican, derechamente, dos principios distintos: por una parte, el *Harm Prevention Principle* y, por otra, el *Harmful Conduct Principle*, DUFF, R.A. y MARSHALL, S.E. (2004) “Remote Harms’ and the Two Harm Principles”, en *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*. Hart Publishing, 2002, pp. 205-224, Bloomsbury Collections.

456 SEHER (2003).

estos principios buscan determinar si concurren, o no, buenas razones para la intervención penal, no siendo ninguno de ellos por sí solo razón necesaria ni suficiente para el merecimiento de pena<sup>457</sup>.

Feinberg, por su parte, en su célebre obra *The Moral Limits of Criminal Law*, aborda de forma exhaustiva la problemática de la legitimidad del Derecho penal y los límites que permitirían dotarle de la misma<sup>458</sup>. Propone, a grandes rasgos, una serie de principios que permiten legitimar el recurso al *ius puniendi* estatal, a partir de la siguiente pregunta: *What sort of conduct may the state rightly make criminal?*<sup>459</sup>, a lo que responde, *grosso modo*, a través del desarrollo de los siguientes principios, por cierto, moralmente válidos *qua* límites:

- 1) Cuando la conducta es lesiva para otros (*harm principle*);
- 2) Cuando la conducta es ofensiva para otros;
- 3) Muy limitado, cuando la conducta es dañina para el autor mismo<sup>460</sup>, y
- 4) Nunca, cuando la conducta es meramente inmoral y no resulta dañina para nadie.

Ahora bien, para Feinberg es, en particular, el *harm principle* el principio que, por excelencia, puede operar como legítimo “limitador de la libertad”, en tanto premisa de criminalización. En particular, el autor defiende la idea de que hay buenas razones para apoyar la legislación penal que permita prevenir (o eliminar, o reducir) el daño a personas distintas del actor, mientras no haya otros medios igualmente efectivos y a no mayor costo para otros valores. En sus palabras, el *harm principle* impone que

“It is always a good reason in support of penal legislation that it would probably be effective in preventing (eliminating, reducing) harm to persons other than the actor (the one prohibited from acting) *and* there is probably no other means that is equally effective at no greater cost to other values”<sup>461</sup>.

En un sentido afín, Seher apunta a que el principio del daño se sustenta sobre la idea de que “ha de existir una buena razón para establecer una norma penal cuando ello sirve para

---

457 SEHER (2003), p. 89.

458 En detalle sobre cada uno de los principios y directrices, magistralmente desarrollados, en FEINBERG, Joel (1984) *The Moral Limits of Criminal Law*, t. I *Harm to Others*; (1985) t. II *Offense to Others*; (1986) *Harm to Self*, y (1988) *Harmless Wrongdoing*. Todos en Editorial Oxford University Press, Oxford, New York.

459 FEINBERG (1984), p. 3.

460 Un “*soft paternalism*”, como lo caracterizara ARNESON (2005).

461 FEINBERG (1984), p. 26. Énfasis en original.

evitar daños a terceras personas”<sup>462</sup>. Su principal objetivo, siguiendo a von Hirsch, es el de “asegurar las condiciones de la convivencia social, en cuanto los intereses primordiales del individuo son protegidos frente a injerencias externas (...) de modo que intente asegurarse la mayor optimización posible de las esferas de libertad de todos”<sup>463</sup>.

De todo lo anterior, no es difícil advertir una serie de puntos de encuentro entre el principio del daño y el de lesividad de bienes jurídicos, lo que permite sugerir que el principio del daño puede, *mutatis mutandis*, ser un buen aliado para la comprensión de nuestro bien jurídico continental. Así entonces, a continuación, un análisis de la noción de “interés”, como aquello que constituye lo jurídico-penalmente protegido, en el marco del *harm principle*.

### 3.2.2. El daño y los intereses

Siguiendo a Feinberg, el “daño” (*harm*), y qué habría de entenderse por tal se traduce, derechamente, como una *lesión de intereses*, develando una clara proximidad entre el principio del daño, así entendido, y el concepto de bien jurídico en tanto *lesión de un interés protegido*, como en Liszt. Así, para Feinberg los actos que causan daño (*acts of harming*) son los objetos directos del Derecho penal, en la medida en que efectivamente causen daño o sean aptos para causar daño a las personas. Reconociendo la ambigüedad del término *daño*, identifica tres sentidos en que éste que puede ser entendido:

- 1.- En un sentido amplísimo y, por cierto, jurídico-penalmente irrelevante, la comprensión del daño como un menoscabo a cualquier cosa susceptible de ser dañada, como sería una ventana quebrada, un vaso roto, etc.
- 2.- En un sentido ya más perfilado hacia intereses penalmente relevantes, el daño puede ser entendido como la frustración (*thwarting*); el entorpecimiento o revés (*set back*), o la derrota (*defeating*) de un *interés* y, finalmente,
- 3.- Una comprensión de daño en sentido normativo, vinculado directamente con el segundo sentido, pero ya, derechamente, enfocado al ámbito penal. Este es el sentido utilizado en el *harm principle*, y se encuentra indefectiblemente vinculado al término

---

462 *Ibid*, p. 79.

463 VON HIRSCH (2003), p. 39.

*wronged*, el que admitiría ser tomado como denotativo de “ilicitud”<sup>464</sup>. Así, el *harm as wrong* dice relación con ser dañado mediante un trato injusto, injustificado e inexcusable, resultando ello, en definitiva, en la violación de un derecho<sup>465</sup>.

De esta forma, cuando una conducta daña un interés en el tercer sentido del término, provocará también, naturalmente, un daño en el segundo sentido. Entendido en el tercer sentido, el daño participa en el *harm principle* como una guía a los límites morales del Derecho penal, dejando fuera de la esfera de punibilidad las ilicitudes no dañosas, así como también los daños no ilícitos. Sólo las frustraciones de intereses que sean ilícitas, y solo las ilicitudes que frustren intereses, serán daños en el sentido así concebido por Feinberg. Dicho de otro modo, para Feinberg el daño será jurídico-penalmente relevante sólo si es, al mismo tiempo, *wrong*<sup>466</sup>, esto es “injusto” o “incorrecto”. Así entonces, el esquema completo de un daño injusto (o ilícito), se dejaría entender de la siguiente manera:

A agravia (*wrongs*) a B cuando:

- a) Realiza una acción u omisión;
- b) De una forma defectuosa o culpable (ya sea intencionalmente o de manera negligente);
- c) La acción u omisión es moralmente indefendible (inexcusable e injustificable, es decir, carente de causales de exclusión y de justificación en materia penal)<sup>467</sup>, y
- d) La acción u omisión causa un entorpecimiento a los *intereses* de B lo que implica, a su vez, que viola un derecho de B<sup>468</sup>.

---

464 Mañalich, en un sentido ligeramente diverso, entiende que la referencia de Feinberg al *wrong* habría de ser entendida como sinónimo del “agravio”, esto es, de un daño sufrido injustamente. En MAÑALICH RAFFO (2022), p. 3.

465 Cabe notar que, si bien Feinberg habla aquí de la violación de un derecho, no por ello equipara, en el grueso de su obra, a los intereses jurídico-penalmente protegidos con derechos subjetivos.

466 FEINBERG (1987), Cap. III, pp. 105 y ss.

467 Para Feinberg, una acción u omisión catalogable de *wrongful* será aquella que carezca de la aptitud para ser excluida o justificada, únicas dos categorías generales de defensa que son capaces de exonerar o de mitigar la responsabilidad penal de un imputado. Las causales de exclusión se corresponden, indica, con situaciones en las que el autor admite su participación en determinada acción u omisión, reconociendo la falta de bondad de la misma, pero excluyendo la malignidad en la conducta (p. ej. accidentalmente, bajo ciertas influencias que determinan un estado fisiológico y/o mental alterado; la minoría de edad, etc.). Las justificaciones, por su parte, si bien también implican el reconocimiento de la realización de determinada conducta, incorpora en ellas el actor un juicio de bondad hacia la misma, defendiendo que la conducta verificada era la correcta a realizar, la más sensible dadas las desafortunadas circunstancias del caso concreto, optando por el “mal menor”. Así, las conductas amparadas por excusas o justificaciones dejan de ser injustas o ilícitas, y si no hay injusticia o ilicitud (*wrongness*), no hay daño jurídico-penalmente relevante. En FEINBERG (1984), p. 107 y ss.

468 Énfasis propio.

El esquema anterior, en su conjunto, genera el concepto de daño que resulta útil al *harm principle* como premisa de criminalización<sup>469</sup>. Así entonces la *víctima* será<sup>470</sup>, en el marco del principio del daño, aquella entidad que ha sido *wronged*, es decir, dañada ilícitamente<sup>471</sup>. Para determinar cuándo alguien ha sido dañado en el sentido así entendido, Feinberg sugiere recurrir a la *posición contra-factual del daño*, es decir: para determinar si se ha causado un daño, debe compararse lo que efectivamente ha sucedido en una situación determinada con el “contra-factual”, v.g. qué habría ocurrido si la conducta putativamente dañosa no hubiese acontecido. Así, si los *intereses* de la persona putativamente dañada están en una peor condición que sin el despliegue de la conducta putativamente dañosa, entonces es posible decir que la persona ha sido dañada<sup>472</sup>.

En sintonía con Feinberg, Kleinig identifica cuatro tradiciones en las que históricamente el término “*harm*” ha sido entendido. La primera tradición se dejaría reconocer como proveniente del inglés primitivo “*hearm*”, indicativo de un fenómeno psicológico asimilable a la tristeza y al dolor emocional, con lo que el daño se presentaría como un fenómeno experiencial. La segunda tradición refiere, además de la tristeza, a la pérdida que el daño ha ocasionado, de forma que quien sufre un daño podría no tener conocimiento de ello y, por tanto, no experimentarlo. La tercera tradición, a su turno, refiere a una comprensión moral del daño, en tanto admite como actos dañosos sólo aquellos realizados por “alguien”, en tanto sólo los “actos” son dañosos<sup>473</sup>. La cuarta y última tradición admitiría ser entendida como “la violación de un interés jurídicamente protegido”, lo que representa una extensión y una juridificación de la tercera tradición, una de orientación, derechamente, jurídico-penal, enfocada en la noción de interés<sup>474</sup>.

Esser, finalmente, ofrece sendas definiciones de *interés* y de *daño*, en sentido jurídico-penal, desde una mirada propia del Derecho estadounidense. Siguiendo a Feinberg, considera al “interés jurídicamente protegido” (*legal interest*) como el elemento central en la determinación del daño, identificando entre ambos una cercana interdependencia. Define “interés” como “cualquier interés o bien factual de cualquier individuo, grupo

---

469 *Ibid*, p. 105.

470 *Ibid*, p. 117.

471 En el mismo sentido, distinguiendo entre *Harm as a setback of interest* y *Harm as wrong to another*, Duff identifica el *harm* jurídico-penal sólo con el último, en DUFF, R.A. (2001).

472 PURSHOUSE, Craig (2016) “A Defense of the Counterfactual Account of Harm”, en *Bioethics*, May 2016; 30(04), pp. 251-259.

473 En el mismo sentido así entendido por Mill.

474 KLEINIG (1978).

social o del Estado, toda vez que se encuentre socialmente reconocido y en armonía con el espíritu y el orden de valores establecido en la Constitución”, definición que daría cuenta de una composición del interés integrada tanto por una base sociológica como por una validación jurídico-positiva constitucional<sup>475</sup>. Por otra parte, define “daño” en sentido penal (*criminal harm*), como “la negación, la puesta en peligro o la destrucción del interés de un individuo, grupo social o del Estado que ha sido socialmente valorado, en armonía con la Constitución y, por tanto, protegido por una sanción jurídico-penal”. Dicho de otro modo, para Esser el “daño” es el actual o potencial perjuicio a un interés factual, que ha sido social y constitucionalmente reconocido, además de criminalmente protegido<sup>476</sup>.

Distinguiendo, finalmente, entre un *formal wrong* (aquel caracterizado por la desobediencia a la norma, como en Jakobs) y un *material wrong*, Esser identifica al daño con este último, en tanto el daño se produce al objeto (interés) protegido por la norma penal (como en Liszt)<sup>477</sup>. Finalmente, refiere al “interés”, precisamente, como sinónimo del *bien* propio de los sistemas jurídico-penales provenientes de la tradición germánica, y como equivalente también del *valor* protegido por el sistema penal francés, todos indicadores, en definitiva, de la misma idea de *interés jurídico-penalmente protegido*<sup>478</sup>.

En síntesis, la argumentación precedente hace posible sugerir, gracias al aporte conceptual del principio del daño, que la idea de la noción de “interés” como elemento central en la teoría del bien jurídico, y como elemento fundamental del concepto mismo, no carece de sentido. Ello sería así no sólo por cuanto permite identificar *qué es*, ontológicamente, el bien jurídico, sino en tanto permite asimismo sostener, en armonía con lo afirmado en el capítulo anterior, que los animales, en tanto capaces para la posesión de intereses subjetivos penalmente relevantes, pueden ser titulares del bien jurídico así entendido. Lo anterior permitiría a su vez aventurar – contrariamente a muchas de las posiciones vistas en el capítulo primero – que el bien jurídico protegido por el tipo penal de maltrato animal podría ser, en efecto, uno de titularidad del animal, fundamentada su

---

475 La referencia a la Constitución ha de entenderse, aquí, en el contexto del Derecho de los Estados Unidos, por lo que dicha alusión no se comunica, necesariamente, al Derecho de otros Estados con otros, diversos, sistemas jurídico-constitucionales. Con todo, la similitud con el Derecho penal constitucional del civil law, al estilo de Bricola, resulta insoslayable.

476 ESSER, Albin (1965) ‘The principle of “Harm” in the Concept of Crime: A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests’, en *Duquesne Law Review*, Vol 4, N 3, Article 2, p. 413.

477 *Ibid*, p. 348.

478 *Ibid*, p. 375.

existencia en el despliegue de una protección jurídico-penal de un *interés del animal*<sup>479</sup>.

## Conclusión

En este capítulo se ha explorado la noción de bien jurídico desde su origen y desarrollo histórico; se ha examinado su rol en la dogmática contemporánea, a través del estudio de sus funciones, y se ha abordado finalmente su concepto, favoreciendo una comprensión del mismo *qua* interés jurídico-penalmente protegido – siguiendo a Liszt –, comprensión que permite, me parece, rescatar su función crítica, además de hacer factible la idea de su titularidad por parte de la víctima.

En el abordaje de su desarrollo histórico, he distinguido tres momentos o etapas fundamentales: su nacimiento, marcado por el iluminismo y su comprensión *qua* derecho subjetivo, y por la restauración, que dio origen a la idea de “bien”; su crecimiento, en donde destaca la influencia del positivismo en los aportes de Binding y Liszt, y el normativismo, reforzado por las ideas de Mayer y Welzel, para llegar finalmente a su maduración, periodo que va – sustrayendo los periodos relativos a las dos guerras mundiales – desde el surgimiento de los Estados de bienestar y de la influencia de la sociología, de mano de autores tan diversos como Amelung, Jakobs y Hassemer, hasta las propuestas más contemporáneas en la materia, como las ofrecidas por Bustos y Hormazábal, Kindhäuser, Mañalich, Roxin y Kargl.

A través de este devenir histórico, he demostrado cómo la evolución de la teoría del bien jurídico obedece, más que a esfuerzos de depuración dogmática, a la necesidad de responder a desafíos políticos, sociales y económicos de cada época, y he distinguido, en todos dichos desarrollos, la cualidad de *trascendente* o *inmanente* de cada propuesta revisada, según la distinción así ofrecida por Bustos.

Además, me he hecho cargo de la cuestión relativa a la carga antropocéntrica que exhiben un número importante de definiciones del bien jurídico, aclarando que ello no corresponde a condiciones ineludibles del bien jurídico, siendo del todo posible asumir una posición centrada en la noción del interés – o “*interescentrista*” – del mismo, desprovista, por tanto, de toda alusión antropocéntrica.

Posteriormente, he explorado los roles que competen al bien jurídico en la dogmática

---

479 Así también, en KLEINIG (1978), p. 32.

penal contemporánea, a través del abordaje de las diversas funciones que la doctrina le ha atribuido históricamente, las que he distinguido en dos grandes grupos: las funciones dogmáticas y las funciones axiológicas del bien jurídico, inscribiendo al interior de las primeras la interpretativa, la clasificatoria y la identificatoria, y distinguiendo en las segundas dos momentos: el *prius* y el *posterius* de la función crítica. Conjuntamente, he revisado las críticas más relevantes que se ciernen sobre las funciones axiológicas, y algunas de las posibles soluciones que ante ellas propone la doctrina.

En base a todo lo anterior, se ha abordado la cuestión del bien jurídico desde una perspectiva ontológica, a efectos de determinar qué es, conceptualmente, el bien jurídico, favoreciendo una comprensión del mismo como un *interés* jurídico penalmente protegido. Para una mejor comprensión del concepto de interés en materia penal, he recurrido al auxilio del *harm principle*, principio limitador del *ius puniendi* estatal propio del *common law*. Así, he sostenido que la noción de interés, como núcleo en la determinación de *qué es* el bien jurídico, no es sólo teóricamente correcta, sino que es, además, sumamente útil para ser vinculado al concepto de víctima como el sugerido y favorecido en el capítulo anterior, esto es, como titular del bien jurídico *qua* interés jurídico-penalmente protegido.

Además, lo anterior favorece de manera inmejorable una posible titularidad animal del bien jurídico, en tanto, como se señaló en el capítulo anterior, los animales son poseedores de intereses, en tanto sintientes. Siendo lo anterior así, nada obstaría a que el bien jurídico protegido por el tipo penal de maltrato animal, p. ej., sea considerado de titularidad del animal, fundamentada su existencia en el despliegue de una protección jurídico-penal de su interés.

En el capítulo siguiente, abordaré la cuestión relativa a si es posible predicar de los animales la capacidad para ser titulares de derechos subjetivos en sentido jurídico, en miras de una posible adscripción de los derechos que el sistema penal provee a la víctima.





# CAPÍTULO CUARTO: ANIMALES Y DERECHOS SUBJETIVOS

## Introducción

En los capítulos anteriores, y particularmente en los dedicados al estudio de las nociones de víctima y de bien jurídico, he sostenido que los animales son poseedores de intereses, cualidad que permitiría ubicarlos al interior del estatus de víctima *potencial* o *ex ante*, gracias a su capacidad para la posesión de intereses penalmente relevantes y, por tanto, para la titularidad de bienes jurídicos (en el Derecho penal continental).

En el presente capítulo, abordaré la cuestión relativa a si los animales pueden, o no, ocupar el estatus de víctima desde una perspectiva *ex post* al quebrantamiento de la norma de conducta, lo que demanda, según lo ya establecido en el capítulo segundo, la capacidad para la titularidad de derechos subjetivos en términos generales y, en particular, de aquellos derechos que la ley adscribe a quienes ostentan, precisamente, el estatus de víctima.

Para ello, resulta imprescindible determinar si es posible adscribir derechos subjetivos a los animales no-humanos. Con ese objetivo, abordaré dos preguntas fundamentales, estrechamente vinculadas entre sí y que, en conjunto, permitirán resolver la cuestión. En primer lugar, la pregunta sobre la “subjetividad”, que intenta responder a si los animales podrían ser considerados como entidades a cuyo respecto sería posible predicar la titularidad de derechos; y en segundo lugar, la pregunta respecto a qué son, ontológicamente, los “derechos subjetivos”, en busca de determinar su naturaleza como concepto jurídico y si, desde dicha perspectiva, admitirían ser adscritos a los animales. Como se verá, ambas preguntas se encuentran íntimamente vinculadas, de manera tal que la respuesta a una de ellas determina, inevitablemente, la de la otra.

Así entonces, daré inicio al presente capítulo abordando el asunto de la “subjetividad”, entendida en términos amplios como la “cualidad de ser sujeto” y, en particular, como “la capacidad para la posesión de derechos subjetivos”. Analizaré aquí diversas posiciones teóricas relativas a qué entidades serían capaces para la subjetividad distinguiendo, principalmente, entre aquellas que estiman que la posesión de derechos corresponde sólo quienes ostentan el estatus de “persona”, de aquellas que sostienen lo contrario.

Posteriormente, y abordando la segunda cuestión planteada, revisaré las dos teorías más influyentes sobre la naturaleza de los derechos subjetivos, esto es, las teorías de la voluntad y del interés.

Finalmente, y en base a la identificación del núcleo *sintiencia-interés* como elemento común a gran parte de las propuestas sobre los derechos y la subjetividad que aquí se revisan – núcleo que, como se ha visto, se encuentra presente en los capítulos anteriores en torno a los conceptos de “víctima” y de “bien jurídico” –; en conjunto con el favorecimiento de la “teoría del interés” como la mejor aspectada para una posible adscripción de derechos subjetivos a los animales, ofreceré una propuesta en apoyo de la adscripción a estos de, al menos, ciertos derechos subjetivos, todo lo cual permitirá configurar, finalmente, la figura del *animal víctima*, tanto desde la perspectiva *ex ante* como *ex post*.

Debo señalar que las cuestiones que se abordan en el presente capítulo, así como también las respuestas y propuestas que en él se ofrecen, se asientan y se sustentan en la adopción de un punto de vista *jurídico*, y no *moral*. Esto es, el presente capítulo busca responder a la cuestión de la adscripción de derechos a los animales en *sentido jurídico*, por lo que se descarta, *prima facie*, la revisión de aproximaciones que se vinculan con la sola consideración moral, o la adscripción de derechos morales.

## **1. De la entidad capaz para la titularidad de derechos subjetivos**

*¿Qué es alguien en sentido jurídico? O ¿Quién es algo en sentido jurídico?*

Las preguntas así presentadas encarnan, de manera paradójicamente clara, la cuestión que aquí pretendo abordar: la de determinar si los animales, generalizadamente considerados en nuestros sistemas jurídicos como *algo*, podrían ser, también, admitidos al interior del grupo de los *alguien*, en tanto posibles titulares de derechos en sentido jurídico.

En efecto, la extendida comprensión de que sólo los “sujetos” pueden ser titulares de derechos o, con mayor precisión, que sólo las “personas” serían capaces de aquello, cierra en principio toda posibilidad para la titularidad animal. Empero, ¿es ello incontestable?

Para abordar el asunto, en el presente acápite abordaré la pregunta relativa a qué entidades pueden ser titulares de derechos, lo que identifico, como adelanté, con la pregunta sobre la “subjetividad”. A dicho objeto, se introducen a continuación algunas clarificaciones

terminológicas que, estimo, son imprescindibles para un correcto abordaje de la cuestión. A renglón seguido, se dará revisión a las diversas posturas y propuestas que la doctrina ofrece en la materia.

### **1.1. Algunas indicaciones terminológicas: “sujeto”, “persona”, y sus varios usos**

Como he señalado, en el presente capítulo identifico la cuestión relativa a la titularidad de derechos como “subjetividad”<sup>480</sup>, es decir, como la cualidad de ser un sujeto, ello independientemente, como se verá, de que la misma entidad sea a la vez un “objeto”, para otros efectos jurídicos. Con todo, para el correcto desarrollo analítico de los asuntos que aquí se tratarán, resulta imprescindible aclarar ciertos usos generalizados, y a veces confusos, de los términos “sujeto”, “sujeto de Derecho”, “sujeto de derechos” y también, por cierto, el de “persona”.

En efecto, tanto en los diversos ordenamientos jurídicos como en la literatura especializada, es posible identificar ciertas diferencias terminológicas y conceptuales cuando refieren a la cuestión de la subjetividad, diferencias que podrían explicarse tanto por sus distintos usos de esta noción en las diversas tradiciones jurídicas, como también por cuanto obedecen a tradiciones lingüísticas disímiles.

Así, p. ej., la noción de “sujeto de Derecho” es utilizada en la tradición del Derecho europeo-continental, en términos generales, como sinónimo de “persona”<sup>481</sup>, en el mismo sentido en que el *common law* utiliza la voz “*subject of Law*”; “*legal person*”, y “*legal subject*”. Sin embargo, ello varía tratándose del término “sujeto de derechos”, en tanto este último pretendería designar, más bien, a quien es titular de derechos subjetivos – y no, necesariamente, de deberes –, lo que sería identificable con el “*rights holder*” del Derecho común<sup>482</sup>.

Por su parte, el término “persona”, frecuentemente utilizado de forma coloquial para designar a los miembros de la especie humana en sentido abstracto tiene, ciertamente, usos más específicos en la moral y el Derecho. Para ilustrar estas diferencias, Feinberg

---

480 Utilizo el término subjetividad para referir al anglicismo *subjecthood*, a pesar de que en el idioma castellano el término subjetividad se traduce, más bien, como *subjectivity*. Con todo, me permito utilizarlo como “calidad de ser sujeto”, en tanto no existe traducción directa para dicho concepto. Vid <https://dle.rae.es/subjetivo>

481 Así, en TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando (1995) “El Sujeto del Derecho”, en *Insomnia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 3 (octubre 1995), pp. 167-189. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

482 Así lo entiende también KURKI, Visa (2019) *A Theory of Legal Personhood*, Oxford Legal Philosophy. Oxford, pp.46 – 47.

refiere a los sentidos *normativo* y *descriptivo* del uso del término. El sentido normativo, en primer lugar, pertenecería a los campos de la moral y del Derecho, y se emplearía en un sentido puramente preceptivo, con el objeto de adscribir propiedades morales o jurídicas a una determinada entidad. En el sentido así referido, ser persona implicaría poseer derechos, o derechos y deberes o, al menos, la posesión de la capacidad para ello. El sentido puramente descriptivo o empírico, por su parte, diría relación con un sentido común del concepto de personalidad, esto es, se correspondería con el uso que damos al concepto de persona sin la intención de adscribir derechos y/o deberes<sup>483</sup>.

Así entonces, para la moral y el Derecho, en términos generales, la “persona” sería la entidad subjetiva por excelencia, por lo que el término serviría para identificar a aquellas entidades respecto de las cuales se puede, válidamente, predicar la aptitud de ser “alguien” (y no “algo”<sup>484</sup>) y de ser, en más, titular de derechos y/o deberes en sentido jurídico.

Con todo, y sin perjuicio de ser la anterior una visión generalizada, es posible distinguir algunas formas terminológicas diversas, al menos en las dos tradiciones preponderantes. Así, en el Derecho civil o continental, el término “persona” en sentido jurídico admite la doble clasificación de “persona natural”, entendida como el individuo nacido vivo perteneciente a la especie humana, y de “persona jurídica”, entendida como una ficción jurídica, un artefacto del derecho<sup>485</sup>. Distinta a aquella es la terminología que utiliza al efecto el Derecho común, para el cual el término “*legal person*” refiere, más bien, a la persona en el Derecho en términos generales, mientras que la diferenciación arriba descrita, entre persona natural y persona jurídica, admitiría ser reconocida en los términos “*natural legal person*” y “*artificial legal person*”.

Ahora bien, para los efectos de la presente investigación, utilizaré el término “*sujeto*” como uno más amplio que el de “*persona*”, en tanto denotativo de una entidad que, si

---

483 FEINBERG, Joel (1992) “Abortion”, en *Freedom and Fulfillment. Philosophical Essays*. Princeton University Press, New Jersey, pp. 37-75. En un sentido afin, utilizando los términos “prescriptivo” y “descriptivo”, recoge también la distinción MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2014d) “La permisibilidad del aborto como problema ontológico”, en *Derecho y Humanidades* N° 23, 2014, pp. 305-333.

484 Me refiero a con “algo” a ser una “cosa”, es decir, todo aquello que no es persona y que se encuentra, por tanto, desprovisto de las capacidades reconocidas a la misma.

485 Así, p. ej., el Código Civil chileno (CCCL) se hace eco de estas distinciones de la forma que sigue: Art. 54. “Las personas son naturales o jurídicas. De la personalidad jurídica y de las reglas especiales relativas a ella se trata en el título final de este Libro”. El Art. 55. “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídense en chilenos y extranjeros”. Finalmente, el Art. 545, inciso 1°. “Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. El Código Civil español (CCE), por su parte, hace lo suyo en el Libro I, artículos 29 y siguientes.

bien podría no caber al interior de dicho estatus, podría buenamente ser titular de derechos. Así entonces, en lo sucesivo referiré a quien posee la capacidad para ser titular de derechos subjetivos utilizando el término “*sujeto*”, como sinónimo de *sujeto de derechos*, reservando el término “*sujeto de Derecho*” para ser utilizado como sinónimo de “*persona*”.

## 1.2. ¿La persona como titular de derechos subjetivos?

Ciertamente, el primer obstáculo que superar al momento de explorar la posibilidad de que los animales puedan ser considerados como titulares de derechos subjetivos en sentido jurídico, es la afirmación de que *sólo las personas, naturales o jurídicas, pueden poseer derechos, y ellos sería así debido a que son, a su vez, capaces para la posesión de deberes*<sup>486</sup>.

Naturalmente, y como consecuencia de esta afirmación, toda entidad que no tiene el estatus de persona – es decir, todo aquello que cabría dentro de la consideración de “cosa”<sup>487</sup> – sería incapaz de poseer derechos subjetivos, situación en la que se encontrarían, precisamente, los animales<sup>488</sup>. En efecto, como se vio largamente en el capítulo primero, los animales son, y han sido, históricamente situados en la categoría de cosas, en tanto bienes muebles apropiables<sup>489</sup>. A pesar de que no son pocos los ordenamientos jurídicos que han morigerado esta categorización, estableciendo en algunos casos que los animales no son cosas<sup>490</sup>, sino seres dotados de sensibilidad<sup>491</sup>, la apropiabilidad de los mismos ha permanecido intacta, manteniéndolos en una especie de “limbo jurídico” en el que, independiente de su consideración o no de “bien”, siguen el régimen aplicable a los bienes susceptibles de apropiación, independientemente de que,

---

486 Una extensa revisión de esta postura, bajo la identificación de la misma como “*the Orthodox View*”, en KURKI (2019), p. 4.

487 Así también entendido en VALGUARNERA. Filippo (2021) *Unlike any other thing*, en *Scandinavian Studies in Law*, Volumen 67, *Animal Law and Animal Rights*, coordinado por ZAMBONI, Mauro y KURKI, Visa (2021), pp. 52-67.

488 Para un desarrollo in extenso del devenir histórico del concepto de persona y, particularmente, de la bifurcación persona-cosa, véase KURKI, Visa (2017a) “Animals, Slaves, and Corporations: Analyzing Legal Thinghood”. *German Law Journal*. Vol 18 No 05. pp. 1069 a 1090 ; KURKI, Visa (2019) ; NAFFINE (2009) ; FARJAT, Gérard (2002) *Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts, prolégomènes pour une recherche*. *RTDCiv* 2002.221; STAGL (2015) y (2018).

489 Así, como se vio, en el art. 567 del CCCL.

490 Declaraciones que han sido identificadas como “descosificación”.

491 Como se vio, en los casos de Francia (2015) y España (2021).

en muchos casos, los mismos ordenamientos jurídicos les dispensen mayores grados de protección, a través de normas de diverso tipo<sup>492</sup>.

Ante este escenario, surgen al menos tres alternativas para una posible adscripción de derechos a los animales:

- i. La posibilidad de incluirlos al interior de la categoría de “persona”;
- ii. La posibilidad de demostrar que la afirmación de que sólo las personas pueden poseer derechos es falsa, por vía de probar que, también, no-personas podrían ser titulares de derechos, o
- iii. La posibilidad de crear una nueva, tercera categoría, distinta a la de personas y de cosas, que quiebre el binomio y el *principium tertii exclusi*.

A continuación, una exploración de las diversas alternativas.

### **1.3. Las diversas posibilidades subjetivas para la titularidad de derechos**

Las tres alternativas reseñadas *supra*, admiten ser agrupadas en dos aproximaciones generales sobre la subjetividad y la posesión de derechos, las que distingo según si en ellas se defiende, o no, la idea de que el estatus de persona es el único que admite, de manera excluyente, la titularidad de derechos. Estas dos aproximaciones son:

- a) Una primera aproximación general, para la que “sólo las personas en sentido jurídico pueden ser titulares de derechos”, vinculando los conceptos de personalidad y de derechos de manera irresoluble, conteste con la alternativa (i), y
- b) Una segunda aproximación general, que cuestiona la anterior defendiendo que “no sólo las personas en sentido jurídico pueden ser titulares de derechos” sugiriendo, por tanto, que entidades diferentes a la persona pueden también serlo, conteste con las alternativas (ii) y (iii).

Para una comprensión más esquemática de la aproximaciones recién esbozadas, en lo sucesivo las etiquetaré como “*Personismo*” (sólo las personas pueden poseer derechos) y “*No-Personismo*” (no sólo personas pueden poseer derechos). Al interior de cada una de ellas identificaré, además, algunas propuestas particulares que se distinguen entre sí en

---

<sup>492</sup> P. ej., a través de las normas que sancionan el maltrato animal, en sede penal, o que regulan la protección de su bienestar, en sede administrativa.

base, principalmente, a qué estiman como las condiciones necesarias y suficientes para la subjetividad.

### **1.3.1. “Personismo” (sólo las personas pueden poseer derechos)**

Esta primera aproximación se corresponde con aquella que sostiene que sólo las personas, ya sean naturales o jurídicas, pueden ser titulares de derechos subjetivos.

Al interior de esta aproximación general, sin embargo, es posible identificar distintas propuestas, las que se distinguen entre sí, principalmente, en base a qué estima cada una como la condición, necesaria y suficiente, para que una determinada entidad pueda ser considerada persona, es decir, qué atributos había de poseer dicha entidad, o qué condiciones habrían de cumplirse, para que ostente dicho estatus.

Así, a continuación identifico las propuestas más influyentes en este grupo: en primer lugar, aquellas que estiman que la condición necesaria y suficiente para ser persona es la de poseer valor intrínseco, es decir, ser un “fin en sí mismo”; en segundo, aquellas que estiman que dichas condiciones se corresponden, más bien, con la posesión de ciertos atributos mentales o biológicos y, finalmente, aquellas que estiman que la única condición es la de haberse decidido, convencionalmente, el atribuir tal calidad a determinada entidad<sup>493</sup>. A continuación, una revisión de cada una.

#### **a) La posesión de valor intrínseco**

En esta primera subcorriente situó las propuestas que estiman que sólo las personas pueden ser titulares de derechos, y que la condición necesaria y suficiente para ostentar dicho estatus es la de poseer valor intrínseco o, dicho de otro modo, ser un fin en sí

---

493 En una línea similar, también la distinción introducida por Lindroos–Hovinhimo, quien identifica, en la materia, dos perspectivas: por una parte, las perspectivas “analíticas”, que consideran que el concepto de persona es un mero artificio legal y, por otra, las perspectivas “esencialistas”, que consideran que la persona en sentido jurídico debería cumplir con ciertas características para ser tal. La autora caracteriza las perspectivas analíticas como aquellas que entienden el concepto de “persona” en sentido jurídico como uno utilizado por gente del mundo del Derecho para asuntos del mundo del Derecho. Así, en LINDROOS-HOVINHIMO, Susana (2017) “Private Selves. An Analysis from Legal Individualism”, en V.A.J. Kurki, T. Pietrzykowski (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Springer International Publishing AG (2017) Law and Philosophy Library.



mismo<sup>494</sup>. A efectos de una mejor identificación de sus argumentos, recorro a su, muy probablemente, mayor representante, Kant<sup>495</sup>.

En efecto, Kant sostuvo – por cierto, en términos muy generales – que: a) sólo las personas pueden poseer derechos y deberes; b) sólo los seres humanos pueden ser considerados persona, en tanto son fines en sí mismos, y c) los seres humanos son fines en sí mismos en tanto se encuentran dotados de dignidad y de racionalidad. Particularmente, la racionalidad es, para Kant, un atributo exclusivo y facultad suprema de la humanidad, directamente vinculado con su capacidad normativa para ordenar sus acciones y pensamientos a imperativos morales de virtud, producto de que, asimismo, han sido también dotados de libertad y de autonomía para someter su accionar a la normatividad moral<sup>496</sup>.

Para Kant los seres humanos son, por excelencia, agentes morales. Los animales, por el contrario, y precisamente por carecer de dichos atributos, no son fines en sí mismos, sino medios, que no poseen dignidad, sino un precio<sup>497</sup>. Así, sostiene que

“La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas”<sup>498</sup>.

Así, el párrafo recién transcrito permite comprender cómo opera la noción de dignidad en la filosofía kantiana y, más particularmente, cómo identifica, virtualmente como equivalentes, al individuo humano (persona en sentido descriptivo) con las nociones de la persona (en sentido prescriptivo) y de dignidad<sup>499</sup> – por cierto, ello desde una

---

494 Si bien he señalado que el foco del presente capítulo son los derechos subjetivos y la subjetividad en sentido jurídico, incluyo igualmente en este acápite a este subgrupo que, a pesar de enfocarse en el estatus moral, ha influido fuertemente en el discurso jurídico.

495 KANT, Immanuel (1785) *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Edición bilingüe y traducción de MARDOMINGO, J. (1996), Segunda Ed. (1999), Editorial Ariel S.A. Barcelona. Una clara exposición sobre los aspectos principales del pensamiento kantiano respecto a los animales, en LOEWE (2018), *op cit*.

496 Sobre la racionalidad en la ética kantiana, MARKET, Oswaldo (1992) “Ética y racionalidad en Kant”. Conferencia pronunciada el viernes 22 de abril de 1988. *Anales del Seminario Historia de la Filosofía*, 9, 59-75, Editorial Complutense, Madrid.

497 En el mismo sentido, CORTINA, Adela (2009) *Las Fronteras de la Persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*. Editorial Santilla, Ediciones Generales, Taurus Pensamiento, Madrid, 2009.

498 KANT, Immanuel (1797). *La Metafísica de las Costumbres*. Traducción de CORTINA, A. y CONILL, J. (2005) Cuarta Edición. Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.). Madrid, 2005, p. 335.

499 Sobre el concepto de dignidad en la ética kantiana y sobre una visión crítica de la racionalidad, la dignidad y la autonomía como pre-requisitos para la personalidad, en tanto eventualmente excluyentes de humanos no dotados de las mismas véase GUTMANN,

perspectiva abstracta, por cuanto se trataría de características presentes en los individuos de la especie humana en términos generales, independientemente de que puedan, o no, predicarse como presentes en todos y cada uno de ellos –.

### **b) La posesión de ciertos atributos mentales o biológicos**

Al igual que en la anterior, en esta subcorriente las diversas posturas también consideran que sólo las personas pueden ser titulares de derechos, sin embargo, difieren del anterior en que, aquí, la condición necesaria y suficiente para ostentar el estatus de persona es, *grosso modo*, estar en posesión de ciertos atributos mentales o biológicos como sería, v. g., la sintiencia<sup>500</sup>. En palabras de Brozec, esta subcorriente puede identificarse como una aproximación “descriptivista” al concepto de persona<sup>501</sup>.

En efecto, la identificación de ciertas características o atributos como requisito para que de ellas pueda predicarse la personalidad congrega a un grupo no menor de simpatizantes. En un sentido general, estas posturas se corresponderían con aquello que Feinberg denomina las “*commonsense person*”, es decir, aquellas entidades que, si bien no son naturalmente personas, poseen ciertos atributos que típicamente caracterizan a las personas, lo que les permitiría devenir en tales. El autor identifica estos atributos como “*person-making characteristics*”, entre los que se encontrarían, especialmente, atributos tales como la capacidad de conciencia; la de tener un concepto de sí mismo y de autoconciencia; la capacidad de experimentar emociones; la de razonar y de alcanzar ciertos grados de entendimiento; la de planificar hacia el futuro y de actuar de conformidad a dichos planes y, particularmente, la de sentir placer y dolor, características todas ellas cuya concurrencia – total o parcial – sería necesaria y suficiente para predicar personalidad respecto de determinada entidad<sup>502</sup>.

En esta subcorriente, hay posiciones que demandan la presencia de atributos mentales de un alto estándar de sofisticación (como es el caso, p. ej., de la racionalidad, reconocible

---

Thomas (2019) “Dignidad y autonomía. Reflexiones sobre la tradición kantiana”, (Carlos Emel Rendón, Trad.), en *Estudios de Filosofía*, 59, 233-254.

500 Fundacional en la consideración de la sintiencia como un atributo suficiente para la consideración moral, como se vio en el capítulo primero, BENTHAM (1781).

501 Brozec identifica las aproximaciones descriptivistas, distinguiéndolas de las “axiológicas” (como sería la kantiana), como aquellas que se enfocan en atributos mentales tales como el entendimiento, la autoconciencia y la autonomía, aunque no considerando, al menos no directamente, la sintiencia. En BROZEK (2017), pp. 105 y ss.

502 Por cierto, el autor refiere aquí a la personalidad en sentido moral, no jurídico. FEINBERG (1992), p. 43.

primordialmente en los miembros de la especie humana)<sup>503</sup>; como también otras que se satisfacen con la presencia de atributos mentales menos sofisticados y que, por tanto, permitirían abrir el concepto de personalidad a entidades distintas al ser humano (como serían, p. ej., la sintiencia y la autoconciencia). A continuación, una somera revisión de algunos de los autores aquí identificables.

En primer lugar, están aquellos autores que recurren al, probablemente, atributo de más alta sofisticación, cual es la “razón”. Aquí, destacan dos célebres filósofos: Descartes<sup>504</sup>, para quien sólo pueden ser personas los seres humanos, en tanto dotados de razón, y Locke<sup>505</sup>, para quien sólo pueden ser personas los seres humanos, en tanto dotados de inteligencia.

Así, desde una perspectiva fuertemente marcada por la impronta de la agencia como elemento central de la personalidad, además de basarse, en no menor medida, en asunciones religiosas<sup>506</sup>, estas posiciones describen a la persona, tanto en sentido moral como jurídico, como una entidad dotada de racionalidad; de una fuerte y sofisticada actividad intelectual, y de libertad y voluntad, entre otros atributos afines<sup>507</sup>. De mano de estos autores, la racionalidad es elevada a un atributo exclusivamente humano, que les haría dignos y les posicionaría en un estatus superior al resto de la naturaleza. Como apunta Rachels, la razón logra, así, secularizar la doctrina de “lo especial” de la humanidad<sup>508</sup>.

En segundo lugar, están aquellos autores que sostienen la personalidad en atributos menos sofisticados, como son la sintiencia y la conciencia.

La “sintiencia”, noción ya explorada en los capítulos anteriores, ha sido utilizada, más fuertemente como propiedad que atribuye estatus, por las teorías utilitaristas que postulan,

---

503 La racionalidad aquí entendida como un atributo neurobiológico, y no como un atributo normativo, en el sentido así favorecido por Kant.

504 DESCARTES (1637), *op. cit.*

505 LOCKE, John (1689) *An Essay concerning Human Understanding with the Second Treatise of Government*. Wordsworth Classic of World Literature, Hertfordshire, 2014.

506 Sobre las bases religiosas de la propuesta de Locke, véase WALDRON, Jeremy (2002) *God, Locke and Equality, Christian Foundations in Locke's Political Thought*. Cambridge University Press, 2002.

507 Aunque podría buenamente incluirse aquí a Kant, en cuanto establece patrones característicos similares para admitir a una determinada entidad dentro de la categoría de persona – particularmente, en lo relativo a la racionalidad –he decidido aislarlo en el primer subgrupo, por cuanto su teorización se apoya en un concepto de “racionalidad” distinto a una facultad mental asimilable a la inteligencia, marcada, más bien, por un contenido normativo, además de que recurre constantemente a la noción, profundamente axiológica, de dignidad.

508 RACHELS (1990), *op. cit.*

en síntesis, que lo que contaría para ser considerado en la esfera moral – es decir, como una entidad cuyos intereses han de ser tomados en cuenta, tanto moral como jurídicamente – sería, precisamente, la capacidad de sintiencia, como precondition necesaria para la posesión de intereses<sup>509</sup>. Así entendido, sólo poseerían intereses aquellas entidades dotadas de sintiencia, en tanto ésta supone la capacidad para preferir experimentar sensaciones placenteras y felices, a la vez que de evitar el dolor y sufrimiento<sup>510</sup>, como se viera, largamente, en los capítulos anteriores.

Francione<sup>511</sup>, y Wise<sup>512</sup>, p. ej., y aunque difiriendo en los caminos elegidos para argumentar en favor de la personificación de los animales – particularmente, en lo relativo a las consecuencias jurídicas y políticas que derivarían de dicha acción –, ambos coinciden en que los animales pueden, y deben, ser incluidos al interior del estatus de persona en base a la posesión de estos atributos, lo que constituiría, indican, la única forma de admitirles como titulares de derechos en sentido jurídico.

Sin ir más lejos, esta ha sido la línea argumental que destacados juristas han esgrimido a la hora de demandar judicialmente la adscripción de derechos subjetivos a ciertos animales<sup>513</sup>. Por ejemplo, este ha sido el núcleo de la argumentación del *Nonhuman Rights Project* (NhRP), en los diversos juicios que ha llevado ante las Cortes norteamericanas<sup>514</sup>. Así, defienden que:

- Como ciertos animales poseen ciertas características, mismas características que permiten la consideración de los seres humanos como personas (como la autoconsciencia y la autonomía, entre otras);
- Estos animales no-humanos deberían ser declarados personas y, en consecuencia,
- Deberían ser investidos con ciertos derechos subjetivos.

Como resulta evidente, la línea argumentativa pasa aquí, decididamente, por la personificación de los animales como única forma para la adscripción de derechos

---

509 Así, fundacional BENTHAM (1781).

510 En el mismo sentido, FEINBERG (1980) “The Rights of Animals and Unborn Generations”, en *Rights, Justice and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press, 1980. También Singer, quien, aunque no refiriendo a la personalidad sino que, en términos más amplios, a la subjetividad, destaca que “the capacity for suffering and enjoyment is a *pre-requisite for having interests at all*”, en SINGER (1975), p. 7, cursivas en original.

511 FRANCIONE (1995), *op. cit.*

512 WISE (2000) *op. cit.*

513 Algunos ejemplos de estos juicios en KURKI, Visa (2021) “Legal Personhood and Animal Rights”, en *Journal of Animal Ethics* n11 (1): pp. 47-62.

514 En detalle, en <https://www.nonhumanrights.org/litigation/>

subjetivos. Independientemente de que Francione y Wise han reconocido, en otras instancias, que los animales ya serían titulares de derechos – en base a ciertos deberes de protección establecidos en normas de protección de su bienestar (*welfare laws*)<sup>515</sup> – ambos autores han persistido en el argumento de que la única forma de adscribir derechos a los animales es a través de su personificación (aunque, con todo, sin éxito a la fecha)<sup>516</sup>. Respecto al atributo de la “conciencia de sí mismo” o “autoconciencia”, resulta útil la caracterización que ofrece Palazzani, quien identifica a las entidades autoconscientes como

“Those who are capable of being aware of themselves as continuous subjects in time and of expressing their own preferences and desires in relation to the appreciation or non-appreciation of their own existence, whilst being able to elaborate them rationally, as well as deciding autonomously”<sup>517</sup>.<sup>518</sup>

### c) El convencionalismo

Finalmente, al interior de la aproximación A, y difiriendo radicalmente de las dos subcorrientes anteriores, se encuentran aquellas posturas que explican la personalidad ya no en atributos, sino en una decisión convencional. En efecto, estas posiciones sostienen que no existe una real necesidad de teorizar sobre las razones o características que determinarían, en cada caso, que una entidad sea considerada persona, enfatizando, de forma exclusiva, en el medio institucional que atribuiría tal estatus a una determinada entidad.

Así, a este grupo basta, para toda personificación en sentido jurídico, que así lo establezca el legislador. Ello operaría así para cualquier tipo de entidad, desde las personas humanas

---

515 Como indica Fasel en FASEL, Raffael (2021) “Shaving Ockham. A Review of Visa A.J. Kurki’s ‘A Theory of Legal Personhood’”, in *Revus*, 44, 2021.

516 Como Butler y Fasel apuntan, el NhRP ha perdido todos sus casos, lo que podría explicarse, en no menor medida, por una exageración de la visión binaria entre persona/propiedad. En BUTTLER, Sean y FASEL, Raffael (2023) *Animal Rights Law*, en prensa, Hart Publishing.

517 PALAZZANI (2017), *op. cit.*, pp. 105 y ss.

518 Respecto a la conciencia, y si bien no desde una argumentación respecto al estatus jurídico, resulta sumamente ilustrativa la contribución de Nagel, en donde apunta a la conciencia como un atributo que va más allá de lo que ciertas teorías reduccionistas explicarían como “de naturaleza puramente física”, poniéndola en un plano de verdadera experiencia subjetiva. En ese orden de cosas, Nagel propone que, predicar de un organismo la posesión de experiencias conscientes implica, básicamente, que “hay algo que es como ser ese organismo”, desde una perspectiva fenoménica. En NAGEL, Thomas (1974) “What Is It Like to Be a Bat”, en *The Philosophical Review*, Vol. 83, No. 4 (Oct. 1974), pp. 435-450.

a las fictas; como también para los animales; ciertos elementos de la naturaleza; fetos; entes dotados de inteligencia artificial, entre otras, en tanto se asume que la única condición necesaria y suficiente para la atribución del estatus de persona es, sin más, la decisión institucional de hacerlo. La personalidad es siempre, para estos autores, una ficción legal. Como señala Naffine,

“When it is an acknowledged legal fiction, the legal person is arguably at its most abstract and in its most legal form. It consists of shifting constellations of formal and abstract rights and duties”<sup>519</sup>.

Así, la autora denomina a esta subcorriente “los legalistas”, refiriendo a aquellas posturas que rehúyen todo tipo de cuestiones naturalistas, ontológicas o metafísicas, permaneciendo en la esfera de las decisiones institucionales<sup>520</sup>.

### **1.3.2. “No-Personismo” (no sólo las personas pueden poseer derechos)**

La segunda aproximación general sostiene, a diferencia de la primera, que entidades distintas a la persona en sentido jurídico, pueden ser titulares de derechos. En este grupo, al igual que en el anterior, es también posible distinguir subcorrientes: una primera, que sostiene que las cosas (o la propiedad) pueden poseer derechos en sentido jurídico; y una segunda subcorriente que, más bien, propone la creación o el reconocimiento de alguna tercera categoría, distinta a las de personas y cosas. A continuación, una revisión de ambas, a través de la cita de algunos de sus autores.

#### **a) Las cosas pueden ser titulares de derechos**

Los miembros de esta subcorriente, como adelanté, sostienen que no solo las personas pueden poseer derechos en sentido jurídico, defendiendo la idea de que también las no-personas o, más precisamente, las “cosas” o la “propiedad”, pueden poseer derechos. De esta forma, proponen una reinterpretación del binomio persona/cosa, mas sin reclamar su superación.

---

519 NAFFINE, Ngaire (2017) “Legal Persons as Abstractions: The Extrapolation of Persons from the Male Case”, in En V.A.J. Kurki, T. Pietrzykowski (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Springer International Publishing AG, p. 16.

520 NAFFINE, Ngaire (2009); y (2003) “Who are Law’s Persons? From Cheshire Cats to Responsible Subjects”, *The Modern Law Review*, Limited 2003. (MLR 66:3, May). Published by Blackwell Publishing Ltd., Oxford UK, Malden USA.

Un primer representante de esta postura es Favre<sup>521</sup>, quien afirma que los animales, aún sin ser personas, son capaces de poseer y ejercer derechos en sentido jurídico, apoyando dicha afirmación en la constatación de que gran parte de los sistemas jurídicos del orbe (partiendo, por el suyo, el estadounidense) ya consagran la protección de ciertos intereses de los animales, como es el caso de las normas que sancionan la crueldad, en materia penal, o de instituciones como los *trusts*<sup>522</sup>, en materia civil.

Así, y dada la, a su juicio, incoherencia que ello aporta al Derecho, en tanto persevera en la categorización jurídica de los animales como propiedad, propone el reconocimiento de una cuarta categoría al interior del estatus de propiedad, a la que denomina *the living property* o “propiedad viviente”<sup>523</sup>. Así, Favre no sugiere, *stricto sensu*, la creación de una tercera categoría, distinta a las de persona y propiedad, sino una nueva comprensión de la propiedad, una que permite admitir a su interior bienes que son, a su vez, titulares de derechos<sup>524</sup>.

Asimismo, Favre sienta las bases de su propuesta en el reconocimiento de la posesión de intereses por parte de los animales, intereses que vendrían determinados por la codificación de su ADN<sup>525</sup>.

Un segundo representante de este subgrupo es Kurki quien, desde sus más tempranos trabajos<sup>526</sup>, ha propuesto que las entidades consideradas históricamente por el Derecho como “cosas” pueden ser, buenamente, titulares de derechos<sup>527</sup>. Así, el autor se posiciona,

---

521 FAVRE, David (2010) “Living Property: A New Status for Animals within the Legal System”, 93 *Marq. L. Rev.* 1021 (2009-2010). pp. 1021-1072.

522 Los Pets trusts son legados cuyos beneficiarios son animales de compañía, o *pets*. Actualmente, 47 estados de los Estados Unidos los permiten. Un mayor detalle sobre la institución en DICKINSON, Thomas (2017) “Detailed Discussion of Pet Trusts”, en *Michigan State University College of Law: Animal, Legal and Historical Center*.

523 Una cuarta categoría, a continuación de las que reconoce como las tres primeras: la real, la personal y la intelectual.

524 En un sentido, afín, Cochrane argumenta en favor de lo que denomina “derechos de la propiedad” (*rights of property*), sosteniendo que no hay necesidad alguna de abolir todas las formas de propiedad sobre los animales para proteger sus intereses, ello en base a que la propiedad no es, en realidad, un absoluto, por lo que admite ser restringida, limitada e incluso deprivada. COCHRANE, Alasdair (2009) “Ownership and Justice for Animals”, *Utilitas* Vol. 21, No 4, December 2009. Cambridge University Press.

525 Para el autor, la codificación del ADN de cada ser vivo, que caracteriza a cada especie, determinará las capacidades específicas de cada una (como la conciencia o la autoconciencia); el tipo de intereses que poseen (v.g. el interés en no experimentar sufrimiento, en alimentarse, en reproducirse, en desplazarse, entre otros) y, en definitiva, los derechos de los cuales se puede predicar su titularidad. Descarta, por limitaciones prácticas, incorporar a otros seres vivos como plantas y animales invertebrados.

526 Así, en KURKI (2017a) y (2017b).

527 En el mismo sentido, Naffine advierte la permeabilidad del binomio persona-cosa respecto a la titularidad de derechos, afirmando que “Corporations are created as both persons and property and so have a dual status. Thus they can both trade as persons and be traded as property. By contrast humans, it is generally said, can only ever be persons”, en NAFFINE (2003), p. 347.

al igual que Favre, en armonía con el *tertium non datur* del binomio imperante.

Sin embargo, su propuesta descansa en argumentos distintos. En efecto, el autor sostiene que la premisa que impone que “sólo las personas son capaces de ser titulares de derechos” sería incorrecta, por cuanto ello no se condice con la efectiva existencia de entidades distintas a la “persona paradigmática”<sup>528</sup>, que pululan en torno a las relaciones jurídicas y que son, de hecho, titulares de derechos. Un ejemplo de ello sería, precisamente, la situación de los animales.

A consecuencia de lo anterior resulta, a juicio del autor, imprescindible redefinir la “cualidad de ser cosa” (*the thinghood*) y la “cualidad de ser persona” (*the personhood*)<sup>529</sup>. En dicho cometido, Kurki se apoya en herramientas teóricas de diverso origen, siendo una de ellas la “teoría del interés”, como explicativa de los derechos subjetivos, teoría que, como se verá más adelante, propone una comprensión de los mismos como protección jurídica de ciertos intereses. Un ejemplo de ello sería, v.g., el derecho subjetivo de un animal a no experimentar dolor, en cuyo trasfondo se encuentra el interés del animal en no experimentarlo y el deber, impuesto a terceros, de no causarlo. Algo similar ocurriría en el caso de los niños, poseedores del interés en no ser abusados físicamente, aunque gozando, en ese caso, de niveles de protección más robustos que los animales.

Asimismo, respalda su propuesta teórica en el hecho de que, actualmente, diversos ordenamientos jurídicos ya contemplan la existencia de deberes de protección de los intereses de los animales, los que pueden encontrarse en las normas que protegen el bienestar animal y que sancionan los malos tratos ejercidos en su contra. La sola existencia de dichas normas, sostiene, permitiría sugerir que los animales no humanos son ya titulares de los derechos subjetivos que derivan de los deberes que dichas normas imponen, tal como ocurriera antiguamente con las normas relativas a la esclavitud, en el

---

528 En diversas partes de su trabajo Kurki identifica a la “persona paradigmática” como el individuo perteneciente a la especie humana, adulto y con plena capacidad mental (*adult of sound mind*). Con ello significa la persona *tout court*, la entidad cuya personalidad, en sentido jurídico, es prácticamente incuestionable.

529 En un sentido afín, Garthoff propone “descomponer” la persona jurídica. Partiendo del mismo piso teórico que Kurki (en el sentido de que la personalidad jurídica se predica sólo de aquellas entidades capaces de poseer derechos y deberes), exhorta por favorecer una separación entre ambas capacidades: *standing* (la capacidad de ser poseedor de derechos) y *liability* (la capacidad de poseer obligaciones) como una mejor manera de responder al estatus jurídico de entidades que carecerían de uno u otro, como sería el caso de los animales, los fetos, personas con discapacidades mentales severas, entre otras. En GARTHOFF, J. (2018) “Decomposing Legal Personhood”, en *Journal of Business Ethics* (2019) 154:967–974, Springer Science+Business Media B.V., part of Springer Nature 2018.



periodo *Antebellum* en los Estados Unidos<sup>530</sup>.

Más recientemente, en su obra *A Theory of Legal Personhood*<sup>531</sup>, el autor refuerza las ideas anteriores a través de proponer una comprensión de la personalidad, en sentido jurídico, como un “concepto racimo”<sup>532</sup>, compuesto por diversos “incidentes”, activos y pasivos. En su propuesta, advierte que los animales son, en efecto, poseedores de algunos incidentes – particularmente, pasivos –, razón por la que, aunque no se encuentren en posesión de una cantidad de incidentes que amerite su consideración como personas, sí poseerían los suficientes para, al menos, ser considerados poseedores de derechos.

Así entonces, identifica los varios incidentes de la personalidad distinguiendo entre diversas características, mayoritariamente presentes en las personas en sentido jurídico y que se componen, en general, por diversas cargas y derechos. Estos incidentes serían, *grosso modo*: a) la capacidad de ser titular de propiedad, aun cuando no se pueda disponer de ella de manera independiente; b) la protección de la vida, la libertad y la integridad física; c) la capacidad para comparecer en juicio y la posibilidad de constituirse en parte – aunque algunas personas, como los menores, requieran ser representados por otro; d) la no susceptibilidad de ser propiedad de otro; e) la protección por parte del Derecho penal como potenciales víctimas<sup>533</sup>, y f) la posibilidad de demandar perjuicios, lo que podría derivar en una restitución o compensación<sup>534</sup>.

De esta forma, los incidentes admitirían ser divididos en *activos*<sup>535</sup> y *pasivos*<sup>536</sup>, y pueden ser poseídos, aisladamente, por entidades de diversa naturaleza. Así, el humano adulto

---

530 KURKI (2017a).

531 KURKI (2019), *op cit.*

532 “*Cluster concept*”, en idioma original.

533 Con todo, cabe relevar que el autor no se compromete, al menos no aquí, con la idea de una consideración de los animales como víctimas en materia penal, por cuanto, reconoce, las *anti cruelty laws*, es decir, los ilícitos penales que sancionan la crueldad ejercida contra animales, son usualmente tratados como “*victimless crimes*”, lo que explicaría que, a la fecha, el animal afectado no reciba compensación, al no ser considerado como parte ofendida. Con todo, sugiere que ello podría cambiar con una mera intervención a nivel legislativo, ya que no existiría impedimento teórico alguno para que los animales fuesen las víctimas y, en tanto tales, fuesen representados en el proceso – como habría ya sucedido respecto a los fetos humanos en ciertos estados norteamericanos, en donde son considerados personas para efectos de protección penal.

534 KURKI (2019), p.84.

535 Los incidentes “activos” de la personalidad se asocian, directamente, a capacidad de realización de actos volitivos y, por tanto, a las nociones de *will or choice* (voluntad o elección), como asimismo a la posesión de deberes acompañados por sanciones a su incumplimiento, lo que, ciertamente, resulta difícil de sostener respecto de entidades como los animales.

536 Los incidentes “pasivos”, por el contrario, se asocian más bien a las nociones de “interés” y de protección de los mismos, como es el caso de aquellos que pueden ser poseídos por los animales, los menores, o las personas que sufren de ciertos grados de discapacidad.

plenamente capaz será persona *tout court*, en tanto titular de la totalidad de incidentes, mientras que los niños y los adultos incapaces serán titulares sólo de algunos. Los animales dotados de sintiencia se encontrarían, como los niños<sup>537</sup>, en posesión de algunos de los intereses, lo que les permitiría ser titulares de derechos, desde la base provista por la teoría del interés, como se verá más adelante.

Finalmente Mañalich, coincidiendo con Favre y Kurki, admite la posibilidad de que los animales sean titulares de derechos en sentido jurídico, sin necesidad de considerarles personas. Sin embargo, a diferencia de los dos autores precedentes, no asume que ello es así de *lege lata*, sino que, más bien, lo avizora como un posible reclamo de *lege ferenda*. Así, el autor sostiene que los animales no-humanos pueden, hoy, ser considerados sujetos de derechos en sentido moral, lo que interpreta como una habilitación para ser admitidos como titulares de derechos en sentido jurídico y sin necesidad, por cierto, de incorporarles al estatus normativo de persona<sup>538</sup>. Argumentando en base a la teoría del interés defendida por Ihering, sustenta su tesis en la constatación de que los animales son efectivos poseedores de intereses en su calidad de portadores de “estados intencionales” (o de ser “sujetos de estados intencionales”). Así, afirma que

“sólo puede predicarse intereses de entes a los que pueden ser atribuidos estados intencionales, consistentes en deseos, temores, expectativas, creencias, etc., a partir de la constatación de su capacidad para experimentar como *deseable* la satisfacción de variadas necesidades y como *indeseable* su falta de satisfacción”<sup>539</sup>.

Distingue, el autor, dos formas en las que la relación entre deseo e interés podría presentarse: “un ente E tiene interés en X o bien porque E desea X, o bien porque E tiene algún (otro) deseo cuya satisfacción dependa de X”<sup>540</sup>. En base a ello, favorece la idea de que los animales – poseedores de estados intencionales – serían efectivos titulares de derechos subjetivos, *qua* pretensiones, en sentido moral, lo cual serviría como base para sustentar, *a posteriori*, un reconocimiento de los mismos como titulares de derechos en sentido jurídico, como “un argumento de ética normativa orientado a servir de base para

---

537 Por ejemplo, animales y niños serían titulares del incidente “protección de la integridad física” y no serían titulares del incidente “capacidad de comparecencia en juicio”. Con todo, sólo los niños, y no los animales, podrían ser titulares del incidente “imposibilidad de ser propiedad”

538 MAÑALICH (2018), *op cit.*

539 MAÑALICH (2018), p 326, cursivas en original.

540 MAÑALICH (2014), p. 318.

un reclamo de *lege ferenda*”<sup>541</sup>.

De esta forma, para el autor una no-persona, como los animales, podría ostentar el estatus de sujeto de derechos, en sentido, si así lo determina el respectivo ordenamiento jurídico, en base a la existencia de un derecho moral. Así, en definitiva, la distinción entre sujeto y objeto de derechos en materia de estatus animal perdería sentido, cediendo en favor de una comprensión de los animales como, más bien, sujetos de derechos de una clase diferente, cuyos derechos subjetivos en sentido jurídico habrían de ser aquellos que promuevan y protejan los intereses que efectivamente poseen<sup>542</sup>.

### **b) Una tercera categoría**

En este último subgrupo, ubico aquellas propuestas que favorecen el fin del binomio persona/cosa, sugiriendo la creación, o el reconocimiento, de una tercera categoría.

Aquí, es posible identificar, en primer lugar, la propuesta de Pietrzykowski sobre la creación del estatus de “sujeto no-personal de derecho”<sup>543</sup>, a través de la cual, y reposando también sobre el sustento aportado por la sintiencia como atributo que concede estatus, del que derivaría la posesión de intereses, propone la creación de una nueva categoría, una que adscribiría a sus ocupantes un solo derecho subjetivo general, cual es, el de que sus intereses sean considerados relevantes y tomados en cuenta en toda decisión que pudiere afectarles<sup>544</sup>.

Apoya la obligación de tomarles en consideración, además de la sintiencia y la posesión de intereses, en la constatación del control e influencia, virtualmente ilimitada, que ejercen nuestras sociedades actuales en sus condiciones de vida y en sus posibilidades de satisfacer sus propias necesidades. Producto de lo anterior, afirma, las sociedades

---

541 MAÑALICH (2018).

542 MAÑALICH (2020b).

543 PIETRZYKOWSKI, Tomasz (2017b) “The Idea of Non – Personal Subjects of Law”, in V.A.J. Kurki, T. Pietrzykowski (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Springer International Publishing AG (2017) Law and Philosophy Library.

544 Para una completa comprensión de esta propuesta, conviene revisar también PIETRZYKOWSKI (2018) *Personhood Beyond Humanism. Animal, Chimeras, Autonomous Agents and the Law*, Springer Briefs in Law. Switzerland, y (2017a) “Towards Modest Naturalization of Personhood in Law”, en *Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*.

humanas se han convertido en corresponsables de su situación y de su capacidad para realizar sus propios intereses<sup>545</sup>.

De esta forma, Pietrzykowski se aparta de la idea de una personificación de los animales, remarcando, además, que los derechos subjetivos del sujeto no-personal de derecho han de ser distintos a los correspondientes al estatus de persona, en tanto esta última demanda la adscripción tanto de derechos que permitan proteger intereses subjetivos (*interests-rights*) como, asimismo, “derechos-opción” (*choice-rights*)<sup>546</sup>, mientras que la de sujeto no-personal apuntaría sólo la adscripción de los primeros, para lo que bastaría el derecho subjetivo de la consideración de intereses y su balance de conformidad con el principio de proporcionalidad.

En un sentido afín, Marguénaud también propone una vía intermedia, la creación de la *Personnalité Animale*<sup>547</sup>, sustentada asimismo en la sintiencia, y que permitiría la adscripción a los animales sólo de los derechos que se estime correspondan, y no de todos los derechos y deberes que acarrea la personalidad en sentido jurídico, propiamente tal. A juicio del autor, este nuevo tipo de personalidad lograría dotar al ordenamiento jurídico de coherencia, a la vez que permitiría un reforzamiento de la protección de los animales, sin necesidad de incurrir en una indeseada antropomorfización.

Korsgaard, por su parte, también aboga por algo así como una tercera categoría, distinta a la de persona y a la de propiedad, a la que identifica con la calidad de ser un “fin en sí mismo”. Así, y utilizando la terminología previamente desarrollada por Kant a efectos de diferenciar a la persona de las cosas, Korsgaard propone, en base al mismo atributo, la adscripción de derechos subjetivos a los animales, tanto en sentido moral como jurídico<sup>548</sup>.

Ciertamente, las razones que permitirían calificar a una determinada entidad como un “fin en sí mismo” son, para Korsgaard, muy distintas de las previamente relevadas por Kant. En efecto, y al igual que en Pietrzykowski, es también la sintiencia de los animales la que

---

545 En PIETRZYKOWSKI, T. (2018), p. 53. En el mismo sentido, KORSGAARD, Christine (2013) “Personhood, Animals and the Law”, en *The Royal Institute of Philosophy. Think 34*, Vol 12, Summer 2013. 25, y AALTOLA, Elisa (2008) “Personhood and Animals”, en *Environmental Ethics*, Vol. 30, pp. 175-193.

546 La noción de *choice-rights* proviene, como se verá, de las *Will Theory of Rights* (teoría de la voluntad), y han de ser entendidas en contraposición con las *Interest Theory of Rights* (teoría del interés). Se asocia, *grosso modo*, a la idea de la protección no de intereses, sino de la libre voluntad, de la libertad de elección.

547 En MARGUÉNAUD, Jean Pierre, BURGAT, Florence, y LEROY, Jacques (2020) *La Personnalité Animale*. Recueil Dalloz, Paris, 2020, p. 28.

548 KORSGAARD (2013).

fundaría su capacidad para la posesión de intereses, calificándoles como pacientes morales<sup>549</sup>. Así entonces, aun cuando los animales carezcan de racionalidad y autonomía en los sentidos kantianos, igualmente serían poseedores de un *bienestar* o de *intereses*, lo que constituiría base suficiente para considerarles como fines en sí mismo y, en tanto tales, poseedores de derechos y beneficiarios de los deberes de terceros<sup>550</sup> (al menos, como poseedores de un derecho básico contra el maltrato)<sup>551</sup>.

Deckha, otra autora situable en este subgrupo, propone la creación de una tercera categoría, la de *beingness*<sup>552</sup>, sosteniendo que la de “persona” no sería apropiada para los animales no porque no merezcan una mayor consideración a la de “cosa”, sino porque la de “persona” no sería una categoría amigable para los animales. En sus propias palabras, “*is not an animal friendly category*”<sup>553</sup>.

Finalmente en esta categoría, Farjat, quien propone la creación de una “*catégorie juridique intermédiaire*”, a la que denomina los “centros de interés”<sup>554</sup>, una vía alternativa cuyo objeto sería el de dar respuesta a distintas situaciones complejas que identifica como contradicciones o “fallas de la realidad” (*pépins de la réalité*) en el sistema jurídico, que no logran ser resueltas satisfactoriamente por la bifurcación persona/cosa y que dejan al descubierto una serie de incoherencias, dado que dichas categorías no logran abarcar, cabalmente, las especiales características de ciertas entidades. Además, rechaza de plano la personificación de las mismas en tanto, a su juicio, la personificación de entidades consideradas históricamente como cosas no respeta el orden jurídico pre-existente, recomendando alejarse de las personificaciones que se conceden por mero oportunismo o por razones que pertenecen a consideraciones propias de otros sistemas (como el político o el religioso), y que pretenden instrumentalizar al Derecho. De esta forma, defiende y procura la mantención de la bifurcación persona/cosa,

---

549 *Ibid.*

550 KORSGAARD, Christine (2018) *Fellow Creatures. Our Obligations to the Other Animals*. Oxford University Press. Oxford, United Kingdom.

551 KORSGAARD (2013).

552 Algo así como “el ser” o “eseidad”.

553 DECKHA, Maneesha (2021) *Animals as Legal Beings*, University of Toronto Press, Toronto, 2021.

554 FARJAT, Gérard (2002) « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche », en *RTD Civ.* 2002, p.221.

proponiendo la creación de una tercera categoría, una que acoja a las entidades que no encuentran correcta cabida en ninguno de aquellos estatus<sup>555</sup>.

Identifica, así, tres categorías de postulantes a “centro de interés”: en primer lugar, estarían los “sucedáneos de la personalidad moral”<sup>556</sup>, categoría en la que se encontrarían la familia, los centros colectivos, los grupos societarios, la empresa y las redes en general, todas agrupaciones poseedoras de intereses, pero carentes de personalidad en sentido jurídico; en segundo lugar, estarían “las sombras de las personas físicas”<sup>557</sup>, los tabúes por excelencia, indica, en donde se encontrarían el embrión (en lo relativo a la protección de la vida del que está por nacer), el muerto y el cadáver (en relación a la protección del recuerdo del fallecido), y el animal (en lo relativo a su protección en sí mismo, como poseedor de intereses). Finalmente, la tercera categoría, de “las cosas y los objetos personalizados”<sup>558</sup>, albergaría objetos inanimados que requerirían de una especial categorización, aunque para fines exclusivamente pragmáticos. Se trataría de meros objetos que, de no ser por su inclusión como centros de interés, no gozarían de ningún estatus especial, como sería el caso de ciertos elementos de la naturaleza (ríos, árboles, bosques) con el objetivo de beneficiar una protección ecológica<sup>559</sup>, como también ciertas naves y aeronaves dotadas de nacionalidad.

Habiendo revisado las distintas posturas y propuestas respecto a las posibilidades subjetivas para la adscripción de derechos en sentido jurídico, a continuación, se aborda la cuestión relativa a qué es, ontológicamente, un derecho subjetivo, como una de las dos cuestiones imprescindibles para la determinación de qué entidades pueden ser titulares de los mismos.

---

555 A juicio del autor, la concesión de personalidad a estas entidades no surtiría efecto alguno, por cuanto carecerían de capacidad de acción (asociando la idea de persona de manera indisoluble a la de agencia), y asume, también, que tampoco podrían ser sujetos pasivos de algunos derechos, por cuanto nociones tales como “propiedad” y “patrimonio” carecerían de sentido para ellos. Con todo, reconoce que, para el caso de los animales, su consideración como personas sí conlleva un valor simbólico, uno de efectos emocionales, pero de nulos efectos prácticos.

556 Sucedáneos de la personalidad moral (*les succédanés de la personne morale*) en tanto se parecen, se asimilan a, pero no son, personas jurídicas.

557 Las sombras de la persona física (*les ombres des personnes physiques*) por cuanto, si bien son obra de la naturaleza, no son personas naturales ni, a juicio del autor, podrían serlo.

558 *Les choses et objets personnalisés*.

559 En una línea afín y por las mismas razones pragmáticas, aunque en mayor profundidad, Stone propone la atribución de derechos a bosques, océanos, ríos y otros objetos naturales del medio ambiente, como también a este último en su conjunto. En STONE, Christopher (1972) “Should Trees have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects”, en *Environmental Legal Rights*, S. Cal. L. Rev. 450.

## **2. El derecho subjetivo desde una perspectiva teórica: entre la voluntad y el interés**

Tanto en la literatura jurídica como en diversos espacios de la sociedad, la noción de derecho, en el sentido de derecho subjetivo, suele ser profusamente utilizada. Sin embargo, para una correcta respuesta a las cuestiones planteadas en la presente investigación, resulta imprescindible preguntarse, ¿de qué hablamos cuando hablamos de derechos subjetivos?

La RAE define derecho subjetivo como el “ámbito de libre actuación de las personas, judicialmente protegido, en relación con determinados bienes o intereses y respecto al comportamiento exigible a otros sujetos”<sup>560</sup>. Como resulta claro de la sola lectura, la definición así ofrecida incluye los elementos generalmente admitidos como “de la esencia” de todo derecho subjetivos, esto es: a) su posesión por parte de personas; b) su existencia con respecto a determinados bienes o intereses, y c) su oponibilidad respecto de terceros.

La literatura especializada, por su parte, ha desarrollado las razones de su existencia y de su naturaleza a través de, principalmente, dos teorías, construidas en torno a dos nociones básicas: la noción de “voluntad” y la noción de “interés”. Asentadas sobre dichas bases, a partir del siglo XIX han surgido las principales corrientes teóricas en la materia: la “teoría de voluntad” y la “teoría del interés”.

Si bien ambas corrientes fueron concebidas al alero exclusivo del Derecho privado, sus posteriores desarrollos han encontrado eco de manera más general, provocando acaloradas disputas entre los defensores de una y otra mientras, paralelamente, han surgido también dudas respecto a su real aporte<sup>561</sup>. A continuación, una breve reseña de los inicios históricos y de los aspectos más relevantes de cada una.

### **2.1. La teoría de la voluntad**

La Teoría de la voluntad, conocida también como la “teoría clásica del derecho subjetivo”

---

<sup>560</sup> Recurso disponible en <https://dle.rae.es/derecho#FGd1F0E>.

<sup>561</sup> En este sentido, vid. FRYDRYCH, David (2019) “The Case Against the Theories of Rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies* (40) 2; 320-346 (2020).

(*Will Theory* o *Choice Theory of Rights*)<sup>562</sup>, explica la naturaleza y contenido de los derechos subjetivos en, naturalmente, la voluntad. Los inicios de esta corriente admiten ser rastreados hasta los trabajos seminales de Windscheid (1817–1892), quien habría introducido la distinción entre “derecho objetivo” y “derecho subjetivo”. El derecho objetivo se identificaría, según el autor, con el “orden jurídico”, mientras que el derecho subjetivo habría de ser identificado como una “facultad”. Consecuentemente, definió el subjetivo como “el derecho que es un poder o señorío de la voluntad conferido por el orden jurídico”<sup>563</sup>. La definición así ofrecida permitiría, según su autor, entender la noción de derecho subjetivo en dos sentidos:

Un primer sentido, que diría relación con su comprensión como un “derecho a cierta conducta, acción u omisión de una persona singular o de todas las que se encuentran frente al facultado”, y cuyo origen se encontraría en el mandato general emitido, previamente, por el *derecho objetivo*, que impondría la obligación de observar una determinada conducta en base a un hecho concreto. Este mandato general quedaría, y ahí la relevancia de la voluntad, a libre disposición del individuo en cuyo beneficio se ha emitido (el titular del derecho subjetivo), dejando a su arbitrio la decisión respecto a si hacer, o no, uso del mismo y de los medios concedidos por el derecho objetivo para accionar en contra de quien vulnerare su derecho subjetivo<sup>564</sup>.

Un segundo sentido, diría relación con que la voluntad del facultado interviene, también, tanto en el nacimiento del derecho subjetivo, como en su extinción o modificación. Así, la voluntad del titular no intervendría sólo en la ejecutividad del derecho, en el primer sentido, sino que también en la fase de producción de las normas jurídicas. Es en este último sentido en que habrían de entenderse, indica el autor, declaraciones tales como, p.

---

562 Seminal aquí WINSCHIED, Bernhard (1900) *Lehrbuch des Pandektenrechts*, obra citada, traducida y transcrita en parte en el apéndice de la edición de la obra de VON IHERING, Rudolf (1883) *La dogmática Jurídica*, traducción de PRÍNCIPE Y SANTORRES, Enrique (1946), Editorial Losada S.A. Buenos Aires. pp. 217 y ss. El texto traducido contiene, como anexo a la obra de Ihering, las doctrinas de éste y de Windscheid sobre el derecho subjetivo; también en HART, H.L.A. (1955) “Are there any Natural Rights”, en *Philosophical Review*, LXIV, April 1955, en donde el autor asienta su posición respecto a que el recurso al término “derechos” de los bebés o de los animales no-humanos corresponde a un incorrecto uso del mismo. En un sentido afín, también en SIMMONDS, N.E. (1998) y STEINER, Hillel (1998) en *A Debate Over Rights*, KRAMER, M., SIMMONDS, N.E., STEINER, H. Eds. (1998).

563 WINSCHIED (1900).

564 Con todo, aclara el autor, no serían parte del concepto mismo de derecho subjetivo los medios coactivos para accionar su poder, razón por la que la voluntad del beneficiario se constituye en el elemento decisorio para la efectividad del mandato emitido por el orden jurídico, en tanto queda a su arbitrio el hacer uso, o no, de la norma provista por el derecho objetivo. Así, sólo cuando el beneficiario acciona su poder, ocurre lo que Windscheid describe como el momento en que “el derecho ha devenido su derecho”. *Ibid*, p. 222, énfasis propio.



ej., “el propietario tiene el derecho a enajenar su propiedad”<sup>565</sup>.

Dabin<sup>566</sup>, refiriéndose a la propuesta de Windscheid, sugiere que el primer sentido explicaría el derecho subjetivo como “potencia de voluntad”, mientras que el segundo lo haría como “soberanía de la voluntad” siendo, potencia y soberanía, concedidas y limitadas por el orden jurídico.

En un sentido afín a Windscheid, Dabin sugiere que el derecho subjetivo se relacionaría, de manera directa, con la voluntad y con la regla de Derecho. En concreto, el Derecho subjetivo sería, sin más, la voluntad del individuo constituida como poder, un poder que operaría con el consentimiento de la comunidad toda gracias a que ha sido determinado mediante una regla de Derecho, la que asignaría a cada individuo una esfera o ámbito protegido, y en donde su voluntad reinaría de manera independiente de toda otra voluntad extraña. Así, el derecho subjetivo habría de ser entendido como un poder de voluntad, apoyado sobre una regla de Derecho<sup>567</sup>.

Con todo, la teoría de la voluntad no ha logrado sortear exitosamente ciertos vacíos problemáticos. Las críticas más fuertes a ésta vendrían dadas por la evidencia de que, aunque naturalmente capaces, algunas entidades se encuentran imposibilitadas para manifestar su voluntad, ello unido a la constatación de que respecto de ellas, sin embargo, no podría sostenerse que carezcan de derechos subjetivos. Tal sería el caso de los bebés, los niños, las personas aquejadas de alguna discapacidad intelectual o en estado vegetal, entre otros casos.

Así entonces, ante la existencia de sujetos desprovistos del tipo de voluntad que demandaría esta teoría para la adscripción de derechos subjetivos, se plantearían dos opciones: o bien asumir que el sujeto en cuestión carece totalmente de derechos o, definitivamente, admitir que la teoría de la voluntad se presenta como insuficiente para dar razón y explicación de estos casos, lo que favorecería su descarte.

A las situaciones anteriores es posible sumar otras respecto de las cuales la teoría de la voluntad se exhibe insuficiente. Tal es el caso de quien es titular de un derecho, pero que desconoce tal circunstancia (como quien recibe un legado sin tomar conocimiento siquiera de la muerte del legatario); o la situación de ciertos derechos subjetivos

---

<sup>565</sup> *Ibid.*

<sup>566</sup> DABIN, Jean (1952) *Le Droit Subjective*, Ed. Dalloz, Paris. Ed. 2008.

<sup>567</sup> DABIN (1952).

irrenunciables, de los cuales el sujeto es beneficiario y titular, independientemente de su voluntad, como en el caso de los provenientes de la patria potestad (derechos subjetivos acompañados de la idea de función, como señala Dabin<sup>568</sup>); o también el caso de los derechos cuyo goce es puramente pasivo (el derecho a la vida, por ejemplo, en que su existencia se confundiría con su goce).<sup>569</sup>

Por cierto, la crítica relativa a la efectiva existencia de titulares de derechos subjetivos, imposibilitados para manifestar válidamente su voluntad para el derecho objetivo es, con certeza, una de las que sugiere descartar de plano esta teoría para toda posibilidad de consideración de los animales como poseedores de derechos subjetivos, por cuanto si bien, como se ha sugerido aquí y en los capítulos anteriores, es posible sostener que los animales son capaces para la posesión de interés, no es tan claro que pueda predicarse de ellos la posesión de una voluntad suficiente para el Derecho o, al menos, no de una cuya manifestación se constituya en jurídicamente válida.

De esta forma, enfrentada la situación particular de los animales a la teoría de la voluntad, nos situamos en la disyuntiva entre asumir que, o derechamente los animales no son capaces para la titularidad de derechos subjetivos; o de descartar, de plano, esta teoría en beneficio de otra, una que, p. ej., no afine la voluntad como elemento central y determinante para la posesión de derechos subjetivos. La alternativa natural que se presenta ante esta disyuntiva es, sin más, la teoría del interés.

## 2.2. La teoría del interés

Así, y en respuesta a la construcción de Windscheid, Rudolf Von Ihering (1818–1892) elaboró una nueva propuesta para explicar la naturaleza y contenido de los derechos subjetivos, situando, esta vez, a la noción de “interés” como central y estructural. Se trata de la teoría del interés, o *The Interest Theory of Rights*.

Como punto de partida, Ihering cuestiona la falta de adecuación y suficiencia de la teoría de la voluntad a la hora de ser confrontada a los sujetos que carecen de ella. Plantea así la siguiente pregunta: “si la voluntad fuese el objeto del derecho, ¿cómo vendrían a tener

---

568 DABIN (1952).

569 Sobre estas y otras críticas a la teoría de la voluntad, en mayor detalle en lo que Kramer denomina “the shortcomings of the Will Theory”, en KRAMER, Matthew (1998) “Rights without Trimmings”, en MH Kramer, NE Simmonds y H Steiner, *A debate over Rights. Philosophical Enquiries*. Oxford University Press. Oxford, 1998, pp. 66 y ss.

derecho las personas sin voluntad?”<sup>570</sup>. Sobre ello, destaca la realidad imperante en diversos ordenamientos jurídicos, señalando que éstos

“no solamente reconocen y protegen en los niños y en los locos la parte puramente humana de la personalidad, el cuerpo y la vida, sino además les señalan, salvo ligeras modificaciones, la misma capacidad patrimonial que a las personas dotadas de voluntad”<sup>571</sup>.

Ante esta constatación, el autor propone descartar la voluntad como elemento relevante para la estructura de los derechos subjetivos, argumentando que

“(…) El verdadero derecho habiente es el que puede pretender no *querer*, sino *aprovecharse*. La voluntad puede en rigor ser entregada a un tercero y puede paralizarse; la utilidad real no puede someterse a un tercero sin que el derecho mismo le alcance. El sujeto del derecho es aquel al que la ley destina la utilidad del derecho (el destinatario); la misión del derecho no es otra que la de garantizar esa utilidad”<sup>572</sup>.

Acto seguido, el autor pone de relieve la noción que habría de officiar como central en su construcción, esto es, la noción de “interés”, de la forma que sigue:

“Los derechos no existen de ningún modo para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta; sirven, por el contrario, para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines”<sup>573</sup>.

De esta manera, y mediante la identificación de los derechos subjetivos como aquellos que han de *producir* o *generar* una *utilidad en beneficio* del derecho habiente, Ihering construye su aparato teórico, caracterizado por sostener el concepto de derecho subjetivo sobre la noción de interés.

Como Windscheid, Ihering también distingue dos elementos como componentes del derecho subjetivo: el elemento *sustancial* y el elemento *formal*. El *sustancial* sería aquel que reside en el fin práctico del derecho, que produce una utilidad, unas ventajas y unas ganancias que se expresan en ideas tales como utilidad, bien, valor, goce e interés. El elemento *formal*, por su parte, se refiere a ese fin práctico únicamente como medio, citando, p. ej., la protección del derecho y la acción de la justicia. Así, el Estado protege

---

570 VON IHERING, Rudolf (1877) *El espíritu del Derecho romano*. Obra citada, traducida y transcrita en parte en el apéndice de la edición de la obra de VON IHERING, Rudolf (1883) *La dogmática Jurídica*, traducción de PRÍNCIPE Y SANTORRES, Enrique (1946), Editorial Losada S.A. Buenos Aires. pp. 173 y ss. El texto traducido contiene, como anexo a la obra de Ihering, las doctrinas de éste y de Windscheid sobre el derecho subjetivo.

571 *Ibid.*, p. 178.

572 *Ibid.*, cursivas en original.

573 *Ibid.*, p. 180.

el goce de la utilidad, de lo sustancial, a través de dispensarle una seguridad jurídica, lo que Ihering explica como que “la seguridad jurídica del goce es la base jurídica del derecho. *Los derechos son intereses jurídicamente protegidos*”<sup>574</sup>. Nace, así, la definición clásica de derecho subjetivo *qua* interés jurídicamente protegido.

Con todo, estos intereses no se miden sólo en términos económicos, sino que, como indica Ihering, han de incorporarse aquí – incluso por encima de la medida del dinero y la fortuna – intereses a los que considera como “bienes de naturaleza moral”, entre los que se contarían la personalidad, la libertad, el honor y los lazos de familia. Todo derecho privado, sostiene el autor, “existe para asegurar al hombre un bien cualquiera, socorrer sus necesidades, defender sus intereses y concurrir al cumplimiento de los fines de su vida”<sup>575</sup>. El contenido del derecho es, así, un bien, y por bien habría de entenderse toda cosa que (nos) pueda servir de algo, ser(nos) de utilidad.

Directamente asociadas a la idea de bien están también las ideas de “valor” y de “interés”. El “valor”, para Ihering, es aquello que contiene la medida de la utilidad del bien, mientras que el “interés” expresa el valor en su relación particular con el sujeto y sus fines. Así, un derecho que porta en sí mismo un valor puede, perfectamente, no representarse como valorable para un determinado sujeto, mientras sí lo es para otro. Los derechos protegen y aseguran diversos intereses, por lo que no son, en definitiva, otra cosa que la expresión de un interés reconocido por el legislador como merecedor de protección. Dicho de otro modo, en una fase objetiva el derecho se reconoce como portador de valor, mientras que, en una fase subjetiva, se exhibe como portador de un interés<sup>576</sup>.

El elemento formal del derecho, por su parte, corresponde a la protección jurídica que le dispensa el Estado, lo que redundaría en que el derecho es – en sí mismo – la seguridad jurídica de su propio goce. A efectos de proteger el interés, el derecho subjetivo mismo contempla y concede las acciones y la facultad de recurrir ante el juez, quien está obligado a conceder una protección judicial. Cuando ello así ocurre, el derecho sería, como sugiere Ihering, el interés protegiéndose a sí mismo.

Resulta también útil para comprender la construcción de Ihering su distinción entre el “gocce” de un derecho y el “ejercicio” de un derecho. Para Ihering, “existe goce de un

---

<sup>574</sup> *Ibid.*, p. 181, cursivas en original.

<sup>575</sup> *Ibid.*

<sup>576</sup> Así también, DABIN (1952).

derecho cuantas veces ese derecho produce efectivamente para el derecho habiente los efectos que busca”; mientras que el “ejercicio” del derecho, noción más amplia, “abrazo todo lo que el derecho habiente puede emprender por medio del derecho, y comprende otro goce, la reivindicación y el perseguimiento del derecho en caso de lesión”<sup>577</sup>.

Con todo, Ihering igualmente reconoce un grado de participación de la voluntad en el esquema del derecho subjetivo, aunque su rol sería muy modesto, subordinado, que sólo existe en tanto sería la voluntad señora de la posibilidad de ejercer, gozar o de incluso abandonar el derecho, pero nunca desempeñando un papel constituyente ni componente del derecho en sí mismo, rol que reserva al “interés”. Así entonces, el derecho subjetivo está compuesto por un determinado interés y su misión es, precisamente, protegerlo. Se trata, en síntesis, de una noción teleológica del derecho subjetivo, en la que su médula es el interés, y a cuyo servicio y protección se encontraría el derecho mismo, instituido en tanto tal.

Las versiones más actuales de la teoría del interés (o *benefit theory*) se vinculan estrechamente a la idea del derecho subjetivo entendido como *claim-right*<sup>578</sup>. Así, en palabras de Stucki, “to have a right in the strict sense is to have a claim to something and against someone”<sup>579</sup>.

Se trataría ésta de una comprensión de los derechos subjetivos que admitiría, en su interior, la existencia tanto de derechos subjetivos *negativos*, en tanto generarían deberes negativos de no interferencia (una obligación de “no hacer algo” en favor del titular del derecho); como *positivos*, en tanto correlativos a deberes positivos de provisión de un bien o servicio (una obligación de “hacer algo” en favor del titular del derecho).

En esta línea, MacCormick identifica, en el contexto de los derechos subjetivos de titularidad de niños<sup>580</sup>, la posesión de un “derecho” con la posesión de un “interés”, interés que es protegido por la imposición, ya sea moral o jurídica, de limitaciones normativas a

---

577 VON IHERING (1883), p. 185.

578 En el marco de la clasificación hohfeldiana de *claim-right, liberties, powers and immunity*. En HOHFELD, Wesley Newcomb (1923) *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Ed. Walter Wheeler Cook, The Lawbook Exchange, Ltd., Clark, New Jersey (2010).

579 STUKI, Saskia (2020) “Towards a Theory of Legal Animal Rights: Simple and Fundamental Rights”, en *The Oxford Journal of Legal Studies*, 2020, Vol. 0, No 0 pp. 1-28, p. 5. Cursivas en original.

580 MACCORMICK, Neil (1976) “Children’s Rights: A Test-Case for Theories of Right”, ARSP (Archiv Für Rechts-Und Sozial Philosophie) Bd. LXII/3 (1976) © Franz Steiner Verlag GmbH, Wiesbaden, BRD. En *The international Library of Essays in Law and Legal Theory. School 8. Rights*, Ed. NINO, Carlos. Universidad de Buenos Aires, 1992. Publicado por Dartmouth Publishing Company Limited.

la realización de actos y actividades que pudieren afectar ese interés. Es decir, el interés protegido representa un derecho para el interesado, mientras que pesa en terceros el deber de respetarlo.

Kramer, a su turno, explica la teoría del interés como una bajo la cual subyace la idea de que todo derecho protege algún aspecto del bienestar de una persona y que puede, o no, incluir aspectos de su libertad. Para el autor, toda variante de la teoría del interés incluye, como mínimo, las siguientes tesis<sup>581</sup>:

- (1) Es necesario, pero insuficiente, para poseer un derecho por una persona X que ese derecho preserve uno o más intereses de X; y
- (2) No es necesario que X sea competente o se encuentre autorizado para demandar o exigir el cumplimiento de ese derecho, para que X se encuentre dotado de ese derecho.

Define así, el autor, los derechos subjetivos en sentido jurídico como

“A right or a claim<sup>582</sup>, then, is the legal position created through the imposing of a duty on someone else. If a person X has a right to be free from any interference by a person Y with X’s project P, then Y has a duty to abstain from interfering with P; conversely, if Y has a duty to abstain from interfering with P, then X has a right to be free from any such interference by Y”<sup>583</sup>.

Además, sostiene que los derechos en sentido jurídico son, a diferencia de los derechos morales, derechos ejecutables (*enforceables*), no siendo relevante si el poseedor del mismo se encuentra en la posición de tener el poder para demandarlo, como sería el caso de los animales. Así, señala que

“So long as a claim is duly enforceable, its status as a genuine Hohfeldian claim is unaffected by the precise location of the power to seek enforcement; that power may be held by the claim-holder, or it may be held by someone acting as a fiduciary on behalf of the claim-holder, or it may be held by a governmental agency”<sup>584</sup>.

De esta forma, la propuesta de Kramer se distancia definitivamente de las teorías de la voluntad, en tanto, como se vio, ésta última requeriría siempre una suficiente competencia, o autorización, de su poseedor para demandar o exigir su cumplimiento, lo

---

581 KRAMER, Matthew (1998) “Rights Without Trimmings” en MH Kramer, NE Simmonds y H Steiner, *A debate over Rights. Philosophical Enquiries*. Oxford University Press. Oxford, 1998, p. 62. Traducción propia.

582 Recuperando la terminología así ofrecida por Hohfeld, en HOHFELD (1913).

583 KRAMER (1998) p. 9. Cursivas en original.

584 *Ibid.*

que impediría que entidades tales como niños y adultos que sufren de algún grado de discapacidad o impedimento puedan ser titulares de derechos. Favorece, por tanto, la teoría del interés que, por el contrario, sustenta la idea de que un derecho no requiere, para ser tal, de que su titular ostente la capacidad de demandarlo o exigirlo, bastando que otro lo haga en su representación.

De esta forma, resulta claro que la teoría del interés se exhibe auspiciosa para admitir una posible titularidad de derechos subjetivos por parte de los animales, algo que la teoría de la voluntad descartaría de plano.

Ahora bien, previo a avanzar, cabe recordar que todo derecho subjetivo en sentido jurídico supone, para ser tal, su institucionalización. Es decir, para que un derecho subjetivo lo sea en sentido jurídico, resulta imprescindible que su adscripción a determinada entidad sea decidida por la sociedad a través de sus mecanismos institucionales. Además, desde la teoría del interés, es irrelevante si dicha adscripción se ha realizado, o no, mediante la declaración expresa “X tiene derecho a D”, sino que basta la mera consagración de un deber, correlativo al derecho, establecido en beneficio de una determinada entidad respecto de la cual sea posible predicar la capacidad de ser titular de derechos subjetivos<sup>585</sup>.

Abordada la cuestión respecto a qué son los derechos subjetivos y explorada, particularmente, la teoría del interés como aquella que *a priori* permitiría la admisión de los animales al interior del universo de los derechohabientes; y habiendo también revisado las diversas propuestas doctrinarias respecto a qué entidades serían capaces para la titularidad de derechos subjetivos, a continuación se identificarán los elementos comunes en todas aquellas posturas que, ya fuere desde la perspectiva de la subjetividad (quién puede ser titular), o de la perspectiva del derecho subjetivo (qué es un derecho), admitirían la adscripción de estos último a los animales.

---

585 Dicho de otro modo, los derechos subjetivos en sentido jurídico no son otra cosa que aquellos derechos en sentido moral que, estructurados en base a determinados intereses, han experimentado la juridificación mediante el mecanismo recién descrito. En un sentido afín, MAÑALICH (2018).

### **3. El paso adelante: derechos subjetivos a partir del núcleo *sintiencia-interés*, desde la teoría del interés**

De la revisión de las diversas aproximaciones y propuestas ofrecidas por la doctrina, tanto en materia de derechos subjetivos como en lo relativo a las entidades capaces de poseerlos – y, particularmente, de aquellas que de una u otra forma permiten la adscripción de derechos subjetivos a los animales en sentido jurídico – es posible identificar una constante, cual es, el núcleo *sintiencia-interés*.

En efecto, e independientemente de la pertenencia a uno u otra aproximación (A o B, revisadas *supra*) o subgrupo, los argumentos que más fuertemente favorecen la idea de una titularidad animal de derechos subjetivos, tanto desde la perspectiva de la subjetividad como de las teorías de los derechos, tendrían en común los siguientes elementos: dado que los animales son *sintientes*, poseen *intereses subjetivos*; y, en base a la posesión de dichos intereses, pueden ser titulares de *derechos subjetivos*. Todo ello, por cierto, desde una comprensión de los derechos subjetivos asentada en la teoría del interés<sup>586</sup>.

Ello es así, aun a pesar de que los argumentos ofrecidos al efecto, provistos por las diversas propuestas revisadas *supra*, difieran profundamente entre sí: así, mientras algunos sostienen que, para la posesión de derechos, es necesario ostentar el estatus jurídico de persona, para lo que bastaría la sintiencia y la posesión de intereses (Wise y Francione); para otros, la sola posesión de sintiencia e intereses, independientemente de no ostentar el estatus jurídico de persona, bastaría para una posesión de derechos (así Favre, Kurki, Pietrzykowski, Kramer y Korsgaard, p. ej.).

Todo lo anterior sólo puede sostenerse, naturalmente, en la estructura provista por la teoría de interés como explicativa de la naturaleza de los derechos subjetivos, en tanto única que admitiría que entidades distintas a la persona puedan ser titulares de derechos – en tanto poseedoras de intereses, como es el caso de los animales –. A continuación, un desarrollo de las ideas así presentadas, en base a los elementos sintiencia, interés y derechos.

---

<sup>586</sup> En línea, además, con lo revisado en materia del concepto de víctima, en el capítulo segundo, y de bien jurídico, en el capítulo tercero.



### 3.1. ¿Por qué el núcleo sintiencia-interés?

Como se adelantó, y en base al andamiaje provisto por las propuestas teóricas previamente revisadas, es posible sugerir que cualquier posible adscripción de derechos subjetivos a los animales ha de pasar, necesariamente, por adoptar el núcleo *sintiencia-interés* como elemento fundante.

Y ello es así no sólo por el hecho de que constituye el sustento de la mayor parte de las diversas teorías sobre la subjetividad revisadas; como también por el hecho de constituye el sustrato de la teoría del interés como explicativa de la naturaleza de los derechos subjetivos, sino que, además, por cuanto se vincula de manera inmejorable con la forma en que se han construido, en este trabajo, las nociones de víctima y de bien jurídico: el núcleo sintiencia-interés es, precisamente, también la condición necesaria y suficiente para ostentar el estatus jurídico-penal de víctima y para la titularidad del bien jurídico protegido.

Asimismo, se trata de un sustrato teóricamente robusto, que posee una base científica sólida y que es, al mismo tiempo, pragmáticamente efectivo.

En efecto, el núcleo sintiencia-interés es, en primer lugar, teóricamente robusto por cuanto reposa y se ampara en un número importante de teorías, de muy diversos orígenes, que son contestes en sustentar la adscripción de derechos subjetivos en los siguientes elementos: a) la capacidad de sintiencia y la consecuente posesión de intereses subjetivos; y b) la adscripción de derechos subjetivos desde un favorecimiento de la teoría de interés. Así entonces, es posible sostener que el núcleo cuenta con el respaldo teórico de una amplia gama de propuestas, que van desde unas que podrían ser consideradas “naturalistas”, como en Korsgaard; como también de otras de índole “positivista”, como en Pietrzykowski, junto también a otras derechamente analíticas, como en Kramer y Kurki.

En segundo lugar, el núcleo sintiencia-interés resulta conveniente por cuanto se asienta sobre bases científicas sólidas, esto es, aquellas provistas por hallazgos neurocientíficos que permiten, sin lugar a dudas, predicar la capacidad de sintiencia respecto de un gran número de especies animales<sup>587</sup>, lo que hace del núcleo, como sustrato, uno difícil de impugnar. Por el contrario, precondiciones basadas en atributos metafísicos como la

---

587 Así recogido en los capítulos anteriores.

dignidad, o incluso la agencia, la autoconciencia o la posesión de estados intencionales<sup>588</sup>, entre otros, resultan mayormente problemáticos a la hora de su comprobación<sup>589</sup>. Por cierto, atributos más sofisticados que la sintiencia podrían, en efecto, ser sumamente útiles a la hora de determinar *qué* derechos sería posible adscribir a los animales, mas sin embargo, la sola presencia de la sintiencia resulta satisfactoria para responder a la pregunta respecto a *si* los animales pueden ser titulares de los mismos.

Finalmente, el núcleo resulta también pragmáticamente efectivo, por cuanto: a) ya ha sido adoptado, por diversos ordenamientos jurídicos del orbe, como razón normativa para la consideración jurídica de los animales<sup>590</sup>; y b) permite evitar, e incluso neutralizar, todo argumento que se sostenga en la idea de que los animales no pueden ser titulares de derechos en tanto no podrían ser, a su vez, poseedores de deberes, argumento propio de la teoría de la voluntad<sup>591</sup>. Dicho de otro modo, desde un decidido favorecimiento del núcleo, sustentado en la teoría del interés, toda discusión respecto a la agencia animal (o la falta de ella), en sentido jurídico, deviene superflua.

A continuación, un favorecimiento de la posesión de derechos por parte de los animales, desde la teoría del interés y con base en el núcleo sintiencia-interés.

### **3.2. Los animales como titulares de derechos subjetivos, en base al núcleo sintiencia-interés y a la teoría del interés, de *lege lata***

En base a lo ya expuesto, resulta posible sostener que la unión entre el núcleo y la teoría del interés logra, con creces, favorecer una posible posesión de derechos subjetivos por parte de los animales. Asimismo, a aquello puede sumarse que ello es ya así, de *lege lata*, en el Derecho vigente.

En efecto, una gran parte de los ordenamientos jurídicos occidentales ya protegen ciertos

---

588 Como, p. ej. en SEARLE (1994) y en MAÑALICH (2018).

589 Como he sostenido respecto a la dignidad, en LEIVA ILABACA (2021a), *op. cit.*

590 Así, principalmente en lo relativo a la “descosificación” de los animales, diversos ordenamientos han consagrado positivamente la remoción de los animales del estatus de “cosa” o “bien”, mediante la declaración de su reconocimiento como seres sintientes o sensibles. En mayor detalle, vid capítulo primero. Además, una completa revisión de los países que han reconocido la sintiencia, en BLATTNER (2021), p. 71.

591 Ciertamente, la adopción de la teoría del interés, en este contexto, implica un compromiso con el marco ofrecido por Hohfeld, al menos en lo concerniente a la existencia de un ‘*claim/right*’ como “el otro lado de la moneda” de un deber, asumiendo, por tanto, que los animales pueden ser poseedores de ‘*claim/rights*’, como ha sido defendido vastamente por autores como Kramer y Kurki. En HOHFELD (1924).

intereses de los animales a través de normas, tanto administrativas como penales, de protección del bienestar y sanción al maltrato, y respecto de las cuales sería posible reconocer, desde ya, una adscripción de derechos en sentido jurídico. Ello es así, por cuanto dichas normas imponen obligaciones – en clave de deberes – que conciernen a la conducta de otros, deviniendo así los animales en sujetos pasivos beneficiarios, titulares de los derechos subjetivos correlativos a dichos deberes.

De conformidad con ello, no son pocos los autores que han sostenido que es posible identificar derechos subjetivos de titularidad animal en el Derecho vigente, basándose, precisamente, en el soporte teórico del núcleo y de la teoría del interés. Así, Feinberg afirma que “[...] the sort of beings who can have rights are precisely those who have (or can have) interests”<sup>592</sup> y “[...] without interests, he [a being] cannot be benefited; without the capacity to be a beneficiary, he can have no rights”<sup>593</sup>. De esta forma – y no demandando una “personificación” de los animales para la titularidad de derechos<sup>594</sup>, identifica la situación de los animales como un “caso límite”<sup>595</sup>, es decir, como un caso que admite discusión, y que se encuentra a medio camino entre los claros y paradigmáticos titulares de derechos subjetivos (representados por los seres humanos, adultos y normales), y aquellas entidades respecto de las cuales, a su juicio, no es posible predicar adscripción de derechos alguna (como los objetos inertes, v.g. las rocas).

Respalda lo anterior en la constatación de que, efectivamente, ello ya sería así en diversos ordenamientos jurídicos, merced la existencia de normas penales que sancionan los malos tratos y la crueldad ejercida en contra de los animales. Estas normas, sostiene, imponen deberes que generan, como contrapartida, una adscripción de derechos en sentido jurídico, cuya demanda de cumplimiento puede, perfectamente, verificarse a través de la acción vicaria de personas que actúen en su nombre y representación.

En el mismo sentido, aunque desde una perspectiva teórica tanto más sofisticada, y con respaldo en la teoría del interés analíticamente reconstruida, Kramer también postula la posesión, por parte de los animales, de derechos individuales en sentido jurídico, merced

---

592 FEINBERG, Joel (1980b) “Human Duties and Animal Rights”, en *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press. Princeton, New Jersey, 1980, p. 166.

593 *Ibid*, p. 177.

594 En particular, en un sentido similar a Favre, su postura es que no son ni personas ni meras cosas, sino “propiedad”, al menos en el caso de los animales domésticos. También en FEINBERG (1980b).

595 En FEINBERG, Joel (1980a) “The Rights of Animals and Unborn Generations”, en *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press. Princeton, New Jersey, 1980.

de su capacidad de sintiencia, capacidad que se erigiría como una razón basada en consideraciones morales<sup>596</sup>. Afirma, con Feinberg, que ello es así de *lege lata*, en base a las protecciones jurídicas de las que son ya beneficiarios. De esta forma, y a través de la teoría del interés, el autor sustenta la idea de que el Derecho adscribe derechos individuales a aquellas entidades que protege a través de, p. ej., los estatutos o mandatos que imponen deberes penales<sup>597</sup>. De esta forma, caracteriza estas entidades como “criaturas blindadas legalmente”<sup>598</sup>.

Stucki en un sentido afín, afirma que es posible identificar la existencia de normas jurídico-positivas, actualmente vigentes, que protegen a los animales “*for their own sake*”, y no por razones instrumentales, de lo que sería posible extraer derechos subjetivos en sentido jurídico. Ese sería, precisamente, el caso de las normas sobre bienestar animal las que, sin perjuicio de no utilizar un lenguaje típicamente reconocible como de adscripción de derechos, ni de contemplar catálogos *expressis verbis* al efecto, sí impondrían efectivos deberes jurídicos de protección de los animales, de los cuales serían éstos los directos beneficiarios<sup>599</sup>.

En la misma línea, Favre afirma que

“The prior four examples [Anti-Cruelty Laws, Federal Animal Welfare Act, Chimpanzee Protection Act and Trusts & States] support the position that animal interests are already acknowledged by our legal system, and therefore that animals are within our legal community. In particular, it should be noted that these points of legal recognition have occurred while animals have retained their property status. Property status is not a barrier to the recognition and protection of interests within our legal system”<sup>600</sup>.

Todo lo anterior es, ciertamente, así también en los ordenamientos jurídicos español y chileno, dada la existencia de normas que sancionan el maltrato animal – tanto en sede penal como administrativa – además de otras normas que protegen su bienestar y regulan su utilización<sup>601</sup>.

---

596 KRAMER (1998) y KRAMER, Matthew (2001) “Do Animals and Death People Have Legal Rights?”, en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Volume 14, Issue 1, January 2001, pp. 29-54.

597 KRAMER (1998) p. 78.

598 KRAMER (2001), p. 31.

599 STUCKI (2020).

600 FAVRE, David (2005) “Judicial Recognition of the Interests of Animals - A New Tort”, *Michigan State Law Review* 333 (2005) pp. 334-367, p. 352.

601 Según se ha adelantado en el capítulo primero, y a lo que se volverá en mayor profundidad en el quinto.

Finalmente, cabe mencionar que, como consecuencia, y contrapartida, de la sintiencia como condición para la posesión de intereses, la capacidad para la posesión de derechos subjetivos no alcanzaría a otras entidades no-humanas que, precisamente por carecer de sintiencia, no poseen intereses subjetivos. Este sería el caso – a pesar de lo sostenido por autores como Stone<sup>602</sup> – de entidades tales como ríos, árboles, ídolos y otros elementos no sintientes, como lo han entendido, también, Kramer<sup>603</sup> y Kurki<sup>604</sup>.

En resumen, las posturas aquí revisadas permiten reforzar la idea de que, dada la existencia de normas que protegen el bienestar de los animales, y que imponen restricciones y deberes respecto a su trato, sancionando incluso penalmente el maltrato, resulta posible sostener que, un grupo no menor de ordenamientos jurídicos del orbe ya consagran, de *lege lata*, derechos de titularidad de los animales.

### 3.3. ¿Qué intereses, qué derechos subjetivos?

Respondida afirmativamente la pregunta respecto a *si* los animales pueden ser titulares de derechos individuales en sentido jurídico, surge la cuestión respecto a *qué* derechos sería posible adscribirles.

Si bien, para los objetivos de la presente investigación, la necesidad de adscribir derechos a los animales se agota en los propios del estatus de víctima<sup>605</sup>, no es menos cierto que, la pregunta general respecto a qué derechos subjetivos sería posible adscribir a los animales, reviste no poca importancia.

En efecto, para las sociedades actuales el asunto se presenta delicado, por cuanto una consagración relativamente amplia de derechos enfrentaría, naturalmente, fuertes resistencias en diversos sectores sociales y productivos, principalmente debido a las eventuales amenazas que ello podría acarrear para sus propios intereses. Ciertamente, es claro que la adscripción de derechos a los animales tales como el derecho a la vida o a la libertad disputarían, de manera directa, con industrias tan diversas como la agroalimentaria, la hotelera y turística, la científica, la tecnológica, de vestuario, de entretenimiento, entre tantas otras, haciendo virtualmente imposible su subsistencia.

---

602 STONE (1974), *op. cit.*

603 KRAMER (2001), p. 38.

604 KURKI (2019), p. 128.

605 De conformidad a lo ya revisado en el capítulo segundo.

Ante este panorama, parece ventajoso dilucidar, al menos *grosso modo*, qué tipo de derechos, en sentido jurídico, sería posible adscribir a los animales.

Hoy por hoy, como he sostenido, algunos animales son efectivos titulares del derecho subjetivo a no ser maltratados, tesis que se ve favorecida en tanto (a) los animales son sintientes y poseedores de intereses y, por tanto, sujetos de derechos y (b) la ley ya consagra el deber de no dispensarles un maltrato o un trato cruel. Lo mismo puede decirse de un posible derecho al bienestar, en sentido amplio, o a la integridad física y síquica (aunque de manera muy débil, ya que la misma ley permite su vulneración “justificadamente”<sup>606</sup>). Sin embargo, muy previo a ello, está la pregunta respecto a qué intereses subjetivos son jurídicamente protegibles, o dicho de otro modo, qué intereses individuales pueden convertirse, institucionalmente, en derechos en sentido jurídico.

MacCormick propone la siguiente comprensión, por cierto muy general e inicial, del proceso de selección de intereses para una eventual adscripción de derechos,

“To ascribe to all members of a class C a right to treatment T is to presuppose that T is in all normal circumstances a good for every member of C, and that T is a good which it would be wrong to withhold from any member of C”<sup>607</sup>.

Así, propone, aquello que para una clase completa de individuos resulta bueno, se corresponderá con un posible derecho subjetivo a ser adscrito a esa clase de individuos, siendo negativa su denegación a cualquiera de ellos.

Mañalich, por su parte, propone atender al interés que subyace al posible derecho subjetivo mediante el recurso a un criterio de “individuación de intereses”, herramienta cuyo objetivo principal es el de establecer la relación entre derecho e interés y, particularmente, en como la vulneración del primero afectaría al segundo. Para ello, recurre al “principio del interés particularizado”, propuesto por Tooley, en base al cual

“un ente no puede tener un derecho particular a D a menos que sea a lo menos capaz de tener algún interés I que sea promovido por su titularidad en ese derecho”<sup>608</sup>.

Así, Mañalich pone en ejercicio el criterio ofrecido por Tooley en, p. ej., un posible derecho a la vida o, más bien, un derecho a permanecer con vida, resolviendo que, para

---

606 Sobre ello, se volverá en profundidad en el capítulo siguiente.

607 MacCORMICK (1976).

608 TOOLEY, Michael (1972) “Abortion and Infanticide”, en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 2, No 1 (Autumn, 1972), pp. 37-65, cita en MAÑALICH (2014) p. 317.

atribuir dicho interés a un individuo, bastaría con que aquel “sea sujeto de cualquier deseo cuya satisfacción dependa, *en un sentido no trivial*, de su propia supervivencia”<sup>609</sup>.

Con todo, Tooley mismo muestra sus reservas respecto al derecho (aunque moral) a la vida por parte de los animales, sosteniendo que es perfectamente posible que una entidad, titular de determinados derechos subjetivos, no lo sea en particular del derecho a la vida, por cuanto al interés en permanecer con vida habría que adicionarle, necesariamente, otras razones morales<sup>610</sup>.

Muy distinto sería el caso de un eventual derecho a “no ser maltratado”. Sobre el particular, Feinberg sostiene, en la línea con lo ya revisado en el acápite anterior, que “there is no reason to deny that animals have general legal rights to non-cruel treatment derived from statutes designed to protect them”<sup>611</sup>.

Kramer, a su turno, propone enfatizar, en el momento de determinar qué interés puede ser jurídicamente protegido, el aspecto del bienestar. En sus palabras,

[...] to say that some interest(s) of X will be advanced through the occurrence of an event or the emergence of a state of affairs is to say that X will be benefited in some way(s) from the specified event or state of affairs. That is, the event or state of affairs will improve X's condition or will avert a deterioration therein<sup>612</sup>.

Lo anterior puede ser entendido, en términos simples, como que un interés de X merece ser protegido toda vez que, en caso de ocurrir un evento, o la emergencia de un estado de las cosas que afecte a dicho interés, el bienestar de X pueda verse mejorado o empeorado. Con todo, como indica Kramer, ésta es una “concepción expansiva” de lo que es un interés, en tanto permitiría que entidades, incluso no sintientes, pudieran ser, eventualmente, consideradas como poseedoras de intereses. Ante ello, propone una forma de afinar el foco de los intereses jurídicamente relevantes, cual es, la distinción entre la “existencia”

---

609 MAÑALICH (2014) p. 316. Cursivas en original.

610 Así, indica el autor, “I am inclined to think that it does not follow from acceptable moral principles that whatever has any rights at all has a right to life. My reason is this. Given the choice between being killed and being tortured for an hour, most adult humans would surely choose the latter. So it seems plausible to say it is worse to kill an adult human being than it is to torture him for an hour. In contrast, it seems to me that while it is not seriously wrong to kill a newborn kitten, it is seriously wrong to torture one for an hour. This suggests that newborn kittens may have a right not to be tortured without having a serious right to life [...] Then if it is wrong to inflict a certain sensation upon a kitten if it doesn't want to experience that sensation, it will follow that the kitten has a right not to have sensation inflicted upon it”. En TOOLEY (1972), p. 40. Para ilustrar la discusión sobre el derecho a la vida de entidades diversas a la persona paradigmática, vid. DeGRAZIA, David (2007) “The harm of death, time-relative interests, and abortion”, *en Philosophical Forum* 38 (1), pp. 57-80 (2007).

611 FEINBERG (1980b), p. 194.

612 KRAMER (2001) p. 33.

de un interés, y la “significación moral” de un interés<sup>613</sup>. Evidentemente, no todo interés importa moralmente y, por tanto, no todo interés resulta relevante para convertirse en un derecho en sentido jurídico. Los intereses que, para el autor, *significan* moralmente, son aquellos poseídos por entidades que no son sólo animadas, sino que son, además sintientes<sup>614</sup>.

En un sentido afín, como se vio en los capítulos anteriores en relación con los intereses jurídico-penalmente relevantes, Feinberg también identifica como protegibles aquellos intereses relativos al bienestar de una determinada entidad, compuestos por aquellas cosas en las que *one has a stake*<sup>615</sup>.

De todo lo anterior, y siguiendo principalmente a Feinberg y Kramer, pareciera que son los intereses de bienestar de los animales los que resultan más solventes, a la vez que urgentes, a la hora de su institucionalización y protección jurídica, lo que, como se he demostrado, se ve refrendado en el derecho vigente y, además, calza de manera correcta con los intereses penalmente protegibles y, por tanto, que pueden ser instituidos como bienes jurídicos, según lo visto en los capítulos segundo y tercero.

### **3.4. El atasco de los derechos fundamentales**

Como he sostenido aquí, siguiendo a autores como Kramer, Kurki y Feinberg, es posible afirmar que los animales ya son titulares de derechos individuales, en sentido jurídico, como contrapartida de los deberes impuestos por el Derecho, en clave del binomio hohfeldiano *claim rights/duties*.

Sin embargo, algunos han sostenido que, en realidad, los derechos así identificados no serían derechos genuinos, en tanto no sería posible exigir su cumplimiento con la misma robustez en que lo serían los derechos fundamentales.

Así, diversos autores han introducido en el debate la distinción entre derechos “finos” y los “densos” (*thin/thick*)<sup>616</sup>; “fuertes” y “débiles” (*strong/weak*) o “simples” y “fundamentales”<sup>617</sup>. En efecto, autores como Fasel y Stucki han apuntado que, si bien la

---

613 *Ibid*, p. 34.

614 *Ibid*.

615 Ampliamente en FEINBERG (1984).

616 FASEL (2021); BUTLER y FASEL (2022).

617 STUCKI (2020).



afirmación de que “los animales no-humanos serían ya poseedores de derechos” podría considerarse como correcta, a la luz del esquema hohfeldiano, estiman que dichos derechos serían débiles, o simples, mas en caso alguno fuertes como lo son los derechos fundamentales, razón por la que, sostienen, se verán siempre supeditados al balance y, en definitiva, a la supremacía de los intereses humanos.

Como resume Fasel, los derechos fundamentales, a diferencia de los simples,

“Protect basic interests of their holders in a way that cannot easily be infringed by countervailing interests and provide their holders or representatives with standing to enforce them in court”<sup>618</sup>.

Así entendido, aunque los animales sean poseedores de derechos en sentido jurídico, lo serían de derechos débiles, meras normas de bienestar que pueden ser fácilmente desatendidas al ser confrontadas a intereses humanos y, con mayor razón aún, al confrontar derechos humanos.

Por su parte, Francione y Wise afirman que, lo que impide a los animales no-humanos la posesión de derechos fundamentales, no es otra cosa que su estatus jurídico, razón por la que, insisten, la única forma de revertir dicha situación es a través de concederles personalidad en sentido jurídica<sup>619</sup>.

Sin embargo, esta postura no parece ser del todo correcta. Ciertamente, si bien la adscripción de derechos fundamentales a los animales puede parecer un camino legítimo a seguir, como reclamo de *lege ferenda*, de ello no se sigue que los derechos que, desde una perspectiva hohfeldiana, poseen los animales hoy, no sean genuinos o reales. Dicho de otro modo, el afirmar que dichos derechos no son genuinos, porque carecen de la ejecutividad de los derechos fundamentales, parece confundir un asunto de *grado* (su nivel de robustez) con uno de *existencia* (si son o no derechos).

Propongo, a efectos de aclarar el asunto, distinguir aquí al menos tres cuestiones: a) *si pueden* poseer derechos; b) *si poseen* derechos, y c) *cuáles deberían* poseer. Así separadas, las cuestiones planteadas en a) y b) ya se encontrarían positivamente resueltas, de *lege lata*. Por el contrario, la cuestión c) corresponde, más bien, a un asunto político, en constante proceso y evolución, que concierne a los esfuerzos continuos por aumentar y reforzar los niveles de protección jurídica de los intereses de los animales. Como señala

---

618 FASEL (2021) p. 20.

619 Así en WISE (2000) y FRANCIONE (1995), según indica FASEL (2021).

a Kurki, “[...] and that animals already hold legal rights, in spite of not being legal persons. Such rights are typically meager and poorly enforced, but rights nonetheless”<sup>620</sup>.

## Conclusión

En el presente capítulo he abordado la cuestión sobre si los animales son, o no, posibles titulares de derechos subjetivos en sentido jurídico, a lo que se ha respondido afirmativamente sostenido que, desde el núcleo sintiencia-interés, y en base a la teoría del interés como explicativa de la naturaleza de los derechos subjetivos, es posible argumentar en favor de la idea de que los animales no sólo son capaces para la titularidad de derechos subjetivos, sino que, además, son ya titulares de muchos de ellos de *lege lata*, en tanto beneficiarios de ciertos deberes jurídicos impuestos por la ley.

Para ello he abordado, primeramente, la cuestión relativa a qué entidades serían capaces para la titularidad de derechos en sentido jurídico. En ello, he puesto a prueba la veracidad de la afirmación que sostiene que sólo las “personas” pueden serlo, confrontándola con posturas diversas que, por el contrario, no cierran la titularidad de derechos en la persona. En este marco, he distinguido entre dos aproximaciones generales: aquella que cierra toda posibilidad de titularidad en la persona, a la que he identificado como “*Personismo*”, y aquella que defiende que no sólo las entidades que ostenten el estatus de persona pueden ser titulares de derechos, a la que he identificado como “*No-Personismo*” distinguiendo, al interior de cada una de ellas, diversas subcorrientes, según lo que cada una estima como la o las condiciones necesarias y suficientes para la titularidad de derechos.

En segundo lugar, he acometido la cuestión relativa a la naturaleza de los derechos subjetivos en sentido jurídico, desde una perspectiva ontológica. Para ello, he revisado las dos teorías más influyentes que buscan explicar la naturaleza de los derechos subjetivos, cuales son la teoría de la voluntad y la teoría del interés, favoreciendo a esta última como la que mejor explica la naturaleza de los derechos subjetivos y como la que, además, permite su titularidad por parte de los animales.

Posteriormente, y en base a la identificación del núcleo sintiencia-interés para la atribución de subjetividad, y asumiendo una postura conteste con la aproximación B,

---

620 KURKI, Visa (2021) “Legal Personhood and Animal Rights”, in *Journal of Animal Ethics*, Spring 2021, Vol. 11, Nº 1, pp. 47-62; p. 59.

sumada a la de teoría del interés, he sugerido que los animales son titulares de derechos subjetivos en base a los siguientes elementos:

1. La capacidad de sintiencia como condición necesaria y suficiente para la posesión de intereses subjetivos;
2. La posesión de intereses subjetivos como la condición necesaria y suficiente para la adscripción de derechos;
3. Un número importante de animales son sintientes, razón por la que poseen intereses.
4. Algunos de estos intereses ya se encuentran protegidos por la ley, en clave de deberes.

Así, deviene posible sostener que los animales, producto de la protección jurídica de sus intereses, ya poseen derechos subjetivos en sentido jurídico, de *lege lata*.

Todo lo anterior, por cierto, resulta sumamente útil no sólo para la fundamentación de la posesión de derechos por parte de los animales, sino que, además, en tanto permite conectar de manera inmejorable con los hallazgos expuestos en los dos capítulos anteriores, esto es, que la capacidad de sintiencia, y la consecuente capacidad para la posesión de interés, permite posicionar a los animales al interior del estatus jurídico-penal de víctima, en tanto titulares del bien jurídico (el interés jurídico-penalmente protegido).

Así entonces, en base a lo expuesto en los capítulos referidos, en conjunto con el presente, deviene posible sostener que los animales no sólo son capaces para ostentar la calidad de víctima potencial, o *ex ante* el quebrantamiento de la norma de comportamiento, sino que, también, para ostentar la calidad de víctima efectiva, o *ex post*.

En el siguiente capítulo, final, analizaré los tipos penales que tipifican la sanción del maltrato animal en España y en Chile, poniendo a prueba la tesis recién propuesta.

# **CAPÍTULO QUINTO: LOS DELITOS DE MALTRATO ANIMAL EN ESPAÑA Y CHILE: UN ESTUDIO COMPARADO EN TORNO A LA IDEA DE BIEN JURÍDICO Y DEL ANIMAL COMO VÍCTIMA**

## **Introducción**

En este último capítulo, se pondrá a prueba la teoría del animal como víctima, en tanto titular del bien jurídico protegido, construida a lo largo de los capítulos anteriores, aplicándola a los sistemas jurídicos español y chileno, en lo pertinente. A dichos efectos, se revisará la historia y evolución de la criminalización del maltrato animal en ambos países, para luego analizar los tipos penales de maltrato vigentes en uno y otro desde una perspectiva dogmática, aunque también comparativa.

A continuación de dicho estudio se examinarán, de conformidad a lo previsto en los capítulos precedentes, los posibles bienes jurídicos protegidos bajo ambas tipificaciones, descartando aquellos que aparecen como “improbables” a la luz de la tesis aquí defendida, e identificando aquellos que aparecen como “probables” o compatibles con la propuesta desarrollada, los que habrán de cumplir, también, con los requisitos de ser teóricamente suficientes, a la vez que legítimos a la luz de los principios limitadores del Derecho penal. Llegados a este punto, se postulará como bien jurídico protegido en los tipos penales español y chileno, el bienestar *del* animal, individualmente considerado.

Finalmente, y bajo la premisa del animal como víctima y titular del bien jurídico así identificado, se analizará cómo dicha comprensión se vincula con la regulación actualmente vigente relativa al rol de la víctima, en ambos ordenamientos jurídicos. De esta forma, se revisará la recepción que de la propuesta hacen ambos sistemas de *lege lata* para, en base a ello, realizar propuestas de *lege ferenda* que, en definitiva, permitan acoger la propuesta de forma armónica.

## 1. El delito de maltrato animal en el derecho español

A continuación, se ofrece un estudio de la tipificación penal del maltrato animal en España, tanto a través de una revisión de su evolución legislativa, como de un análisis dogmático de la tipificación vigente.

### 1.1. Evolución histórica de la tipificación penal española

Si bien escapa a los objetivos de este trabajo llevar a cabo una revisión exhaustiva y acabada de la historia de la penalización del maltrato animal en España, en lo sucesivo se revisarán los hitos más importantes de la misma, que inician a partir del siglo XX, con la introducción de la primera tipificación penal, y que avanzan hacia sus consecuentes modificaciones y nuevas penalizaciones<sup>621</sup>. A lo largo de esta revisión se advertirá una evolución constante, tanto en el catálogo de animales protegidos y en el tipo de conductas sancionadas, como en el ámbito penológico, siempre en expansión<sup>622</sup>.

Cabe hacer presente que se analizarán sólo las tipificaciones que han regido a nivel estatal<sup>623</sup>, dejándose fuera las diversas sanciones al maltrato animal en el ámbito autonómico, por razones de especificidad<sup>624</sup>.

#### 1.1.1. Primera tipificación: la falta del Código Penal de 1928

Con cierto retardo en comparación con el resto de Europa<sup>625</sup>, España se sumó a la sanción penal del maltrato animal a través de la creación de una falta, en 1928. En efecto, dicho cambio se produjo en el contexto de la dictadura del General Miguel Primo de Rivera

---

621 Sobre la evolución de la sanción de los malos tratos a animales en España, en gran detalle en RÍOS CORBACHO (2016); como también en CERVELLÓ DONDERIS (2008); en HAVA GARCÍA; en PRATS (2020), y en OLMEDO DE LA CALLE, Eduardo (2021) “Pasado, presente y futuro de los delitos de maltrato animal en España”, en *De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador*, CUERDA ARNAU, María Luis (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia (2021), pp. 371-394.

622 Particularmente, en lo relativo a la evolución penológica, véase CERVELLÓ DONDERIS (2021), pp. 93 y ss.

623 Los textos aquí citados, de mayor data, han sido obtenidos, principalmente, de BRAGE CENDÁN (2017). Sobre la evolución histórica del maltrato animal en España, principalmente a partir de 1995, véase también CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta (2016) “El derecho penal ante el maltrato de animales”, en *Cuadernos de Derecho Penal*, enero-junio de 2016, pp. 33-53.

624 Sobre la normativa autonómica de sanción del maltrato animal, véase COLÁS TURÉGANO, María Asunción (2021) “La tutela penal de los animales y el principio *ne bis in idem*”, en *De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador*, CUERDA ARNAU, María Luis (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia (2021), pp. 113-156.

625 Véase al respecto el desarrollo del “Derecho penal contemporáneo”, en el capítulo primero.

(1923-1930), marco en el que se dictó el Código Penal de 1928, cuerpo de marcado acento autoritario, conservador y paternalista<sup>626</sup>.

Las exactas razones del porqué de esta inclusión son desconocidas, pero de la lectura del artículo incorporado queda en evidencia que, muy probablemente, *la ratio* de la criminalización no fue otra que la preocupación por los sentimientos de las personas y las buenas costumbres, en perfecta armonía con el espíritu paternalista del código. Lo anterior se evidencia a través de la demanda típica de publicidad de la acción, de forma que todo maltrato realizado *intra muros* escapaba del reproche penal. Así, sancionaba el art. 810.4º, con una pena de 50 a 500 pesetas, a

“los que públicamente maltrataren a los animales domésticos o los obliguen a una fatiga excesiva”.

Habiendo regido durante todo el periodo dictatorial, al término del mismo se produjo un periodo de ausencia en la sanción de los malos tratos en contra de los animales. Así, en los sucesivos códigos de 1932 (II República) y 1944, ya no se contempló la falta del CPE de 1928, lo que se mantuvo de la misma forma en el Código de 1973<sup>627</sup>.

Con todo, existió durante el periodo de ausencia de tipificación penal una sanción, también de claro corte conservador y autoritario<sup>628</sup>, en la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, que en su artículo 2.9 consideró en un “estado de peligrosidad” a

“*Los que con notorio desprecio de las normas de convivencia social se comportaren de un modo insolente, brutal o cínico, con perjuicio para la comunidad o daño de los animales, las plantas o las cosas*”.

### **1.1.2. Segunda tipificación: reincorporación de la falta en el Código Penal de 1995**

No sería hasta el año 1995 que, ya en una España constitucional y democrática, los malos tratos en contra de los animales volverían a ser reprochados penalmente. Así, siempre

---

626 Así en BORJA JIMÉNEZ, Emiliano (2011) *Curso de Política Criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª edición 2021, p. 37.

627 Habiendo persistido sólo una sanción en tanto daño a la propiedad ajena, en donde se reprochaba y sancionaba el daño patrimonial causado a la víctima (humana), según el precio del animal. En MENÉNDEZ DEL LLANO, Nuria (2017) “Evolución de la sanción penal por maltrato animal: el caso español”, en *Diario La Ley*, No 9038, Sección Tribuna, 11 de septiembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer, pp. 1-8.

628 En el marco de otro régimen dictatorial, esta vez el de Francisco Franco. Así, en BORJA JIMÉNEZ (2011).

como falta, aunque esta vez con una redacción bastante más enjundiosa que la falta del CPE de 1928, se dictó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre – o Código Penal de 1995 – bajo la presidencia del gobierno de Felipe González, V Legislatura, en donde se creó, como una “falta contra los intereses generales” (Título III del Libro III), el art. 632, que dispuso

*“Los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días”.*

Además de aparecer como revolucionaria ante la ausencia de tal tipificación durante decenios, y si bien enriquecida en comparación con la penalización de 1928, la redacción del precepto de 1995 resultó ser profundamente criticada, principalmente por la poca claridad de su texto<sup>629</sup>.

Aquí, *la ratio* de la penalización parece ser, en un sentido similar al CPE de 1928, la protección de los sentimientos de las personas o de las buenas costumbres, principalmente a la luz de su ubicación al interior de las faltas “contra los intereses generales”<sup>630</sup>.

### **1.1.3. Tercera tipificación: reforma operada por la LO 15/2003**

Tras ocho años de vigencia del CPE de 1995, se operó la reforma provista por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. En materia de maltrato animal, esta modificación trajo aparejada la creación del primer delito – propiamente tal, por cuanto las tipificaciones anteriores eran sólo constitutivas de faltas – de maltrato animal en España, aumentando el catálogo de hechos penalmente relevantes en la materia: así, se crea un nuevo art. 337; se modifica en algo la antigua falta del art. 632, y se crea la nueva falta de abandono de animales domésticos, en el art. 631.

El nuevo delito del art. 337 fue introducido al interior del Capítulo IV, Título XVI, sobre los “delitos relativos a la protección de la flora y la fauna” lo que, según Hava García, habría obedecido a la idea imperante en la época de que las leyes de caza y pesca, a pesar de tener poco o nada que ver con la sanción del maltrato ejercido en contra de los animales domésticos, resultaban útiles a la hora de proteger todo tipo de fauna, entendida como

---

629 Sobre los problemas de redacción del texto, ahondaré más adelante.

630 Independientemente de que ya no se exige la publicidad del acto como elemento típico. Así, en BRAGE CENDÁN (2017).

elemento del medio ambiente. El objeto principal de esta incorporación, indica la autora, habría sido dar respuesta a casos de maltrato animal ampliamente difundidos en diversos medios, lo que habría llevado a la sociedad española a demandar la creación de un delito de maltrato animal autónomo, y a dejar atrás la sanción de estos actos como meras faltas – tanto en el CPE como en la normativa administrativa sancionadora propia de cada comunidad autónoma<sup>631</sup> –. De esta forma, el nuevo art. 337 consagró la sanción a las conductas de maltrato, de la forma que a continuación se transcribe,

*“Los que maltrataren con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos causándoles la muerte o provocándoles lesiones que produzcan un grave menoscabo físico serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales”.*

En lo relativo a la antigua falta de maltrato, su tipificación experimentó una leve modificación, viéndose incrementada la sanción y ajustado su contenido al nuevo art. 337. De esta forma, el nuevo art. 632.2 rezaba,

*“Los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente sin incurrir en los supuestos previstos en el artículo 337 serán castigados con la pena de multa de veinte a sesenta días o trabajos en beneficio de la comunidad de veinte a treinta días”.*

Finalmente, se introdujo una nueva falta, la de abandono de animal doméstico, en el artículo 631.2, sancionando a

*“Quienes abandonen a un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o su integridad serán castigados con la pena de multa de diez a treinta días”.*

Como indica parte de la literatura, el delito del art. 337 es uno de tipo resultativo<sup>632</sup>, y su protección se extiende sólo a los animales domésticos. Uno de los mayores problemas que apuntó la doctrina, en su momento, fue a la exigencia de “ensañamiento” como elemento típico, por cuanto habría dejado una importante laguna de penalización en casos de maltrato en los que dicho elemento no concurriera, o fuere de muy difícil prueba<sup>633</sup>. En materia penológica, además de la pena privativa de libertad, se introdujo una

---

631 Así en HAVA GARCÍA (2009), p. 8 y ss. (2011) y (2021). En el mismo sentido, JAURRIETA ORTEGA (2019).

632 En particular respecto a esta tipificación, REQUEJO CONDE (2010), p. 27.

633 *Ibid.*



inhabilitación especial para el trabajo con animales, lo que también fue objeto de críticas, a causa de no haber contemplado igual inhabilitación para la “tenencia” de animales.

Por su parte, el abandono de animal doméstico, penalizado inicialmente como falta, habría sido tipificado como un delito de mera actividad, a la vez que de peligro concreto, merced a la demanda de que el animal hubiere sido abandonado en unas determinadas circunstancias, peligrosas para el animal.

En lo relativo al bien jurídico, si bien no hay claridad a sí respecto, parece que tanto la propiedad como los sentimientos de las personas habrían sido descartados, cobrando fuerza, a la postre, la tesis de la protección del medio ambiente, dada la ubicación del nuevo art. 337<sup>634</sup>.

#### **1.1.4. Cuarta tipificación: reforma operada por la LO 5/2010**

Pasados otros siete años de la última modificación, en el año 2010 el CPE experimentó unas nuevas reformas, esta vez a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

En materia de maltrato animal, lo más relevante de la modificación se vinculó con la eliminación del, otrora tan criticado, elemento típico del ensañamiento presente en el art. 337, ampliándose las modalidades comisivas a través de la cláusula “por cualquier medio o procedimiento”. Además, se incorpora al animal “amansado” dentro del área de protección, y se reemplaza la alocución “menoscabo físico” por la de “menoscabo a la salud”, lo que ha sido interpretado como una apertura a que el menoscabo sea, indistintamente, físico o psíquico. En concreto, el nuevo 337 rezaba,

*“El que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a un animal doméstico o amansado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales”.*

En cuanto a la falta de abandono de animales domésticos del art. 631.2 CPE, la reforma eleva ligeramente la pena (pasa de multa de diez a treinta días a multa quince días a dos meses). A su turno, la falta del artículo 632.2, de maltrato cruel a animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, permanece inalterada. En

---

<sup>634</sup> Así, HAVA GARCÍA (2009).

materia de bien jurídico protegido, subsiste la tesis del medio ambiente, aún reforzada por la ubicación del tipo en el Código.

#### **1.1.5. Quinta tipificación: reforma operada por la LO 1/2015**

Tras apenas cinco años desde la última modificación, en el año 2015 operó una nueva y más contundente reforma al CPE en la materia, esta vez a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

A efectos de revisar las principales innovaciones de la reforma, resulta suficientemente ilustrativa la parte pertinente del Preámbulo (XXXI) de la LO 1/2015, que establece que, “[...] parece conveniente mantener como infracción penal el abandono de animales domésticos que castiga el apartado 2 del artículo 631, que pasa a constituir un tipo atenuado del maltrato de animales del artículo 337 bis del Código Penal. La reforma aprovecha, en este punto, para reforzar la protección de los animales mediante una definición de los que son objeto del delito que incrementa la seguridad en la aplicación de la norma, y una revisión de las conductas punibles, incluyendo la explotación sexual de animales, y de las sanciones aplicables a las mismas. Como novedad importante, además de las correspondientes penas de prisión o multa en función de la gravedad, se prevé la posibilidad de imponer las penas de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales”<sup>635</sup>.

En concreto, la reforma modificó el primitivo art. 337, ampliándolo a cuatro numerales<sup>636</sup>. En el primero, contenedor del tipo básico, se amplió el catálogo de animales a cuya protección se extiende el precepto (ampliación que, en términos generales, termina dejando fuera de la protección penal sólo a los animales “que vivan en estado salvaje”); incorpora un reproche explícito a la “explotación sexual” de dichos animales y suma, a la inhabilitación para el ejercicio de profesión, oficio o comercio con animales, también la para su tenencia. En el segundo, contempla una serie de circunstancias que, de concurrir, determinan al juez a imponer la pena en su mitad superior, exasperándola. El tercero, contempla la agravación de la pena para el caso en que se produzca la muerte del animal como resultado de la conducta y, finalmente el cuarto, como tipo subsidiario y atenuado,

---

<sup>635</sup> Preámbulo LO 1/2015, texto completo disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439)

<sup>636</sup> En detalle, en RÍOS CORBACHO (2016), pp. 6 y ss.

recoge la antigua falta del artículo 632.2 con algunas modificaciones, configurándose como un tipo residual.

Finalmente la reforma recoge, en un nuevo art. 337 bis, la antigua falta de abandono de animales domésticos del artículo 631.2, también con modificaciones. Las normas de sanción hoy vigentes se encuentran formuladas de la forma que sigue:

337.1 *“Será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión e inhabilitación especial de un año y un día a tres años para el ejercicio de profesión oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales, el que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o sometiéndole 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”.*

337.2 *“Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:*

- a) Se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida del animal.*
- b) Hubiera mediado ensañamiento.*
- c) Se hubiera causado al animal la pérdida o la inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal.*
- d) Los hechos se hubieran ejecutado en presencia de un menor de edad”.*

337.3 *“Si se hubiera causado la muerte del animal se impondrá una pena de seis a dieciocho meses de prisión e inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales”.*

337.4 *“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 multa de uno a seis meses. Asimismo, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres*

*meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales”.*

*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 con una pena de multa de uno a seis meses. Asimismo, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales”.*

Si bien, y al igual que en las tipificaciones anteriores, la de 2015 también buscó responder a fuertes demandas de la sociedad, sensibilizada por el sufrimiento de los animales y reclamante de un refuerzo contundente en el reproche penal, lo cierto es que la nueva tipificación, a pesar de parecer importante en términos simbólicos, no resultó serlo realmente en términos concretos. En efecto, y aunque para una parte de la doctrina habría supuesto una “victoria de los derechos de los animales”<sup>637</sup>, una parte no menor de la misma, críticamente, no soslayó las severas dificultades que la nueva tipificación acarrea. Así p.ej., Hava García denuncia, a mi juicio muy acertadamente, fuertes deficiencias en la técnica de tipificación, desbordada de connotaciones humanas<sup>638</sup>. En efecto, para la autora la nueva redacción habría perdido el foco de la razón de su penalización – cual habría de ser, a su juicio, no otra que la evitación de la causación de sufrimiento a los animales –, preocupándose más bien de sancionar conductas que en muchos casos no lo causan, y dejando fuera de la esfera de protección otras tantas que sí suponen dicha causación. En sus propias palabras, lo explica de la siguiente manera:

“[...] técnica tipificadora que resulta a mi juicio irracional y errónea. En efecto, esta última reforma ha consistido en esencia en “humanizar” los delitos de maltrato y abandono de animales, incorporando ciertos elementos típicos que al menos hasta ahora sólo parecían tener sentido cuando se trataba de proteger bienes jurídicos de las personas [...]”<sup>639</sup>.

“[...] ha sido más bien conseguir un titular efectista en los medios de comunicación (con el que satisfacer a determinados grupos de presión), antes que asegurar una protección efectiva de los animales]”<sup>640</sup>.

“[...] no queden al abrigo de la intervención punitiva multitud de comportamientos humanos que

---

637 Así, RÍOS CORBACHO (2016).

638 HAVA GARCÍA (2021), p. 213.

639 *Ibid.*

640 *Ibid.*, p. 214.

causan un enorme sufrimiento a determinados animales, y sin embargo caigan dentro del ámbito de lo punible conductas que nada tienen que ver con dicho sufrimiento [...]”<sup>641</sup>.

A continuación se ofrece un breve análisis dogmático de los elementos más relevantes de la tipificación vigente.

## **1.2 Breve análisis de la tipificación de 2015**

En lo sucesivo, se ofrece un somero análisis dogmático de la tipificación de maltrato animal vigente. En particular, la revisión se realizará, siguiendo aquí a Ríos Corbacho<sup>642</sup>, a partir de una distinción de los cuatro momentos del art. 337, esto es: el tipo básico, el (337.1), el tipo agravado (337.2), el tipo cualificado (337.3) y el tipo atenuado (337.4). Además, se realizará un breve análisis del tipo de abandono (art. 337 bis), en conjunto con una revisión de los aspectos dogmáticos comunes a todos ellos.

### **1.2.1. El tipo básico (art. 337.1)**

El tipo básico, contenido en el art. 337.1, tipifica las conductas consistentes en “*maltratar injustificadamente, por cualquier medio o procedimiento, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o sometiéndolo a explotación sexual*” a un animal de aquellos enumerados en el mismo precepto.

La redacción así favorecida es, lamentablemente, bastante poco clara y denota una técnica, al menos, un tanto deficiente, principalmente debido a que contempla en su seno dos conductas<sup>643</sup>, muy diversas entre sí, pero como conductas alternativas. A continuación, una revisión de los dos supuestos, además de un análisis del objeto material previsto para ambos.

#### **a) El maltrato injustificado realizado por cualquier medio o procedimiento y que cause lesiones que menoscaben gravemente la salud del animal**

A simple vista, esta parte del precepto parece tipificar una conducta cuya interpretación no reviste mayores inconvenientes, la que habrá de entenderse referida a todas aquellas

---

<sup>641</sup> *Ibid.*

<sup>642</sup> RÍOS CORBACHO (2016).

<sup>643</sup> Así también entendido, entre otros, en RÍOS CORBACHO (2016).

conductas que, si bien producen el resultado típico, no son de una entidad tal que quepa en los resultados previstos en los números 2 y 3 del mismo artículo, como se verá<sup>644</sup>.

En primer lugar, por maltrato habrá de entenderse, como indica la RAE<sup>645</sup>, 1. tr. *Tratar con crueldad, dureza y desconsideración a una persona o a un animal, o no darle los cuidados que necesita*, y 2. tr. *Tratar algo de forma brusca, descuidada o desconsiderada. Maltratar un coche, un libro, un pantalón*. La acepción primera, que es la que nos convoca, refiere especialmente a la acción de maltratar a personas o animales, haciendo evidente una especial connotación diferenciadora respecto de la segunda acepción, la que refiere al maltrato o descuido respecto de entidades inertes, incapaces de sufrimiento. Requejo Conde, por su parte, define la conducta de maltrato como “realizar actos de violencia física o mediante acciones, o incluso omisiones, sin motivo razonable o legítimo, que causen al animal dolor o sufrimiento considerables o perjudiquen gravemente su salud, o le causen la muerte”<sup>646</sup>.

Por otra parte, la alocución “cualquier medio o procedimiento” es superflua y redundante, dado que la estructura de la infracción admite la comisión por acción y por omisión, no siendo necesario mayor detalle<sup>647</sup>. Con todo, se trata, como indica la doctrina mayoritaria, de un delito resultativo, dada la exigencia del menoscabo<sup>648</sup>.

El límite al reproche, según lo dispuesto en el precepto, estaría constituido por aquellas conductas que, si bien pueden ser desvaloradas, no alcanzan la entidad necesaria por cuanto no causan lesiones que menoscaben gravemente la salud del animal. Así, operando los principios de lesividad y de intervención mínima, las conductas que no alcancen tal

---

644 En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco (2017) *Derecho penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 21ª Edición, p. 519.

645 Diccionario de la lengua de la Real Academia Española, disponible en <https://dle.rae.es/maltratar#O4sdJrw>.

646 REQUEJO CONDE (2010), p. 44. Aunque en el marco de la tipificación de 2003, distingue también la autora según las motivaciones detrás del maltrato animal: a) Maltrato por diversión: por rabia u odio, sadismo o travesuras de jóvenes (asfixia, estrangulamiento, ahorcamiento; lesiones o muerte por cuchilladas o utilización de otro tipo de armas; golpes brutales, patadas o apaleamientos; caídas por lanzamientos al vacío; prácticas de zoofilia), lesiones por arrastre, y b) Maltrato por desinterés: su desatención y abandono; no alimentación, falta de atención veterinaria, encierro, en general, omisiones graves del deber de cuidado del animal.

647 Así también en BRAGE CEDÁN (2017), p. 72.

648 RÍOS CORBACHO (2016).

resultado habrían de ser abarcadas por el Derecho administrativo, principalmente a través de normas de bienestar y protección<sup>649</sup>.

## **b) La explotación sexual**

El mismo precepto establece, a renglón seguido y en el mismo inciso, una segunda conducta, cual es la consistente en “someter al animal a explotación sexual”<sup>650</sup>.

Ciertamente, nos encontramos ante una redacción de difícil interpretación, por cuanto no resulta claro qué ha de entenderse por explotación sexual, ni tampoco si dicha conducta integra una sanción independiente, castigándose indistintamente de si se ha producido o no un maltrato injustificado – como un delito de mera actividad<sup>651</sup> – o si, por el contrario, habría de concurrir maltrato – y, por tanto, un resultado de afectación –, necesariamente<sup>652</sup>.

Así, Muñoz Conde sostiene que

“La explotación sexual no es castigada en sí misma, sino en cuanto suponga un maltrato injustificado, algo que debe de quedar muy claro para no convertir al Derecho penal en un instrumento de persecución de las conductas sexuales desviadas de las «normales»: no constituye delito del art. 337 el bestialismo o zoofilia en sí, sino en cuanto suponga un sufrimiento importante al animal sometido a dichas prácticas”<sup>653</sup>.

---

649 En ese sentido también entendido en GAVILÁN RUBIO, María (2017) “El delito de maltrato animal. Sus penas y ejecución de las mismas. Medidas de protección animal en el proceso penal”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, L (2017), pp. 143-166.

650 En mayor profundidad, TORIBIO, Aritz (2020) “La explotación penal de animales y la zoofilia en el Código Penal español”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, 2020 N° 20, junio-julio, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos humanos, Universidad de Barcelona, pp. 111-137. Críticamente respecto a la elección del término “explotación”, MENÉNDEZ DEL LLANO (2015) “La explotación sexual de animales en la Ley Orgánica 10/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal español”, recurso rescatado de [www.derechoanimal.info](http://www.derechoanimal.info).

651 De esta opinión son, por ejemplo, RÍOS CORBACHO (2016) y GAVILÁN RUBIO (2017), éste último bajo la comprensión de que toda interacción de tipo sexual entre animales humanos y no humanos implica un atentado al bienestar de éstos. En el mismo sentido, MARQUÉS Y BANQUÈ, María (2016), *Comentarios al Código Penal Español*, QINTEROS OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRAT, Fermín (2016), Ed. Thomson Reuter Aranzadi, 7ª Ed.

652 En este sentido, MUÑOZ CONDE (2017); BRAGE CENDÁN (2017) p. 81 y ss.; así como también CERVELLÓ DONDERIS (2016) quien, de manera expresa, se inclina por dejar cualquier posible reproche a la zoofilia, que no implique maltrato, en el ámbito de lo estrictamente moral. También, aunque lamentando la redacción, MENÉNDEZ DEL LLANO (2015), y DE LORA DELTORO, Pablo (2019) “Sobre el amor (excesivo) a los animales no humanos. Notas críticas sobre el art. 337 del Código Penal”, en *Libro homenaje al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM Ediciones, Madrid, 2019.

653 MUÑOZ CONDE (2017), p. 531.

Por su parte, también Hava García manifiesta su preocupación por la redacción del tipo a este respecto, inclinándose por una solución similar a la de Muñoz Conde. En efecto, la autora reclama que la

‘[...] absurda pretensión de penalizar la utilización de animales con fines sexuales (lo que en la legislación penal positiva se ha traducido en una nueva modalidad de maltrato “por explotación sexual”) puede llevar a castigar cualquier forma de practicar la zoofilia, aunque tal práctica no conlleve ningún dolor o sufrimiento para el animal, pues estos últimos términos incomprensiblemente no aparecen en el tipo penal, lo que permitiría, conforme a ciertas concepciones morales, entender que el mero “uso sexual” de animales ya es equivalente a maltrato’<sup>654</sup>.

Con todo, lo cierto es que la redacción del precepto poco ayuda a determinar cuál era aquí la intención del legislador. Distinto es el caso de otras legislaciones<sup>655</sup>, que han recogido la sanción de la interacción sexual con animales en sede penal de una forma, al menos, más clara – aunque, para muchos, aparezca como criticable por interferir en una esfera más bien moral, de la que el Derecho penal habría de abstenerse –. Ese es el caso de, p. ej., la penalización contenida en el ordenamiento jurídico suizo, en su *Animal Welfare Ordinance*<sup>656</sup>, que consagra la sanción penal de las “actividades sexualmente motivadas con animales” (art. 16). Como indica Blattner<sup>657</sup>, la amplitud de esta tipificación llegaría incluso a abarcar situaciones en las que una persona interactúa con un animal, aún en una forma objetivamente asexual, pero con una motivación de satisfacer sus fantasías sexuales, por cuanto ello atentaría contra la dignidad del animal, bien jurídico protegido y amparado tanto en la Constitución Suiza como en la *Animal Welfare Act*<sup>658</sup>. Muy distinto sería, indica la autora, el caso de Alemania, en donde la penalización de las conductas sexuales con animales se circunscribiría sólo a aquellas en que se “hubiere causado un dolor considerable o sufrimiento, y se hayan realizado con crueldad”<sup>659</sup>.

Sobre este asunto, resulta también controvertido, por confuso, el recurso al término “explotación”, respecto de cuya significación la doctrina difiere profusamente. Así, p.ej., un sector de la literatura se inclina por entender el término “explotación” como la

---

654 HAVA GARCÍA (2021), p. 215.

655 Un detalle sobre la penalización del abuso sexual a los animales en el Derecho comparado, en MÉNÉNDEZ DEL LLANO (2015).

656 AWO, disponible en <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2008/416/de>

657 BLATTNER (2021), p. 337.

658 AWA, disponible en <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2008/414/en>

659 BLATTNER (2021), p. 338.



exigencia típica de algún tipo de contraprestación o rédito económico, es decir, del uso del animal en actos de connotación sexual con ánimo de lucro, por lo que se perseguiría proteger a los animales del proxenetismo, pero no de todo abuso sexual<sup>660</sup>, o al menos, la existencia de una habitualidad es decir, de un uso reiterado.

Un segundo sector de la doctrina, por el contrario, entiende que la “explotación” designa el mero aprovechamiento de la vulnerabilidad del animal, es decir, todo contacto sexual implicaría un abuso y una explotación de dicha vulnerabilidad e indefensión, incluyendo por tanto como comportamiento típico la mera actividad, la realización *intra muros* o en público, la producción de material pornográfico, etc., en tanto todos afectarían, sin excepción, el bienestar psíquico del animal<sup>661</sup>.

Con todo, adhiero a las opiniones de Muñoz Conde y de Hava García plasmadas *supra*, en orden a que el reproche penal a la interacción sexual con animales ha de ser precedida, o mediada, por la conducta de maltrato, no bastando la mera actividad si ella no implica la causación de los resultados requeridos por el legislador. Una comprensión distinta, estimo, pugnaría de manera irresoluble con una intervención penal legítima, mínima y protectora de bienes jurídicos. Con todo, ello no obsta, como el mismo precepto establece, a que el menoscabo a la salud derivado de la interacción sexual sea uno no de carácter físico, sino síquico, lo que habrá de ser determinado por expertos sobre el asunto, como veterinarios o etólogos.

Respecto del término “explotación”, me inclino por una comprensión del mismo en términos de implicar un aprovechamiento de la vulnerabilidad del animal, mas no como una exigencia de explotación económica o proxenetismo. Lo anterior, por cuanto tal exigencia sería difícil de justificar –fuera del ámbito moral – si lo que se busca es proteger al animal; además de exhibirse como contradictoria a todas las demás posibilidades de explotación que el mismo ordenamiento jurídico ampara, las que son, en muchos casos asimismo innecesarias, como p. ej. el uso de animales en espectáculos. De esta forma, resulta difícil justificar una sanción de la explotación sexual económica, sin recurrir a un reproche moral.

---

660 Así problematizado en PRAT (2020) y TORIBIO (2020), p. ej.

661 Así en RIOS CORBACHO (2016); MENÉNDEZ DEL LLANO (2015); PRATS (2020); TORIBIO (2020), y GAVILÁN RUBIO (2017), como también en MESÍAS RODRÍGUEZ, Jacobo (2018), “Los delitos de maltrato y abandono de animales en el Código Penal español”, en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* 2018, vol. 9/2, pp. 66-105.

### c) El objeto material

El art. 337.1 fija, además de las dos conductas ya revisadas, el catálogo de animales respecto de los cuales son aplicables los numerales 1, 2 y 3 del precepto, además del 337 bis. El 337.4, asimismo, extiende el catálogo a “cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente”, como se verá.

Pues bien, el artículo 337.1 contempla un catálogo notablemente ampliado tras la reforma de 2015. Se trata ahora, en términos generales, de animales que se encuentran bajo constante control y sujeción de las personas y dependen de ellas para su subsistencia. Dicho de otro modo, y como expresamente señala el precepto en la letra d), “cualquier animal que no viva en estado salvaje”<sup>662</sup>.

El porqué de la elección de este catálogo por parte del legislador no es totalmente clara. Inicialmente, como se ha visto, la protección penal se extendía únicamente a los animales domésticos<sup>663</sup>, viéndose así ampliado, a través de las sucesivas reformas, a una esfera más amplia<sup>664</sup>. Hava García explica este cierre del catálogo en, al menos, cuatro razones: en primer lugar, en la posible idea de que los animales domésticos tendrían una mayor capacidad de experimentar sufrimiento producto de que su cercanía con los humanos, lo que les habría conducido por una especie de “proceso de civilización”; en segundo, en que los animales domésticos aportarían a la vida en sociedad mucho más que únicamente un aprovechamiento económico, contribuyendo muy fuertemente de manera afectiva; en tercero, en que con ello se buscaría evitar entrar en directa contradicción con actividades lícitas, como serían la caza y la pesca y, finalmente en cuarto lugar, en que muy posiblemente el ordenamiento jurídico no se encuentre aún preparado, en su totalidad, para dispensar una protección más amplia, una “tutela general” de los animales<sup>665</sup>. Agrega, en un trabajo posterior, que no ve razón plausible para el cierre del catálogo en

---

662 Así MÉNÉNDEZ DEL LLANO (2017); CERVELLÓ DONDERIS (2016).

663 Gómez-Centurión atribuye la inicial exclusiva protección de las mascotas a que ‘mientras que éstos [los animales de abasto] han permanecido siempre considerados como “útiles” y productivos, las mascotas han sido dispensadas de proporcionar cualquier otra prestación o servicio a sus amos que no haya sido la de brindarles su simple “compañía”, razón por la que los animales de abasto habrían permanecido en su consideración, jurídica y moral, de cosa, mientras que los de compañía habrían pasado a formar parte de las familias, “que les habría hecho acreedores de todos sus cuidados y afectos, permitiéndoles vivir bajo el mismo techo, tener un nombre propio y no ser jamás comidos”, en GÓMEZ-CENTURIÓN JIMÉNEZ (2011), p. 292.

664 Vid CERVELLÓ DONDERIS (2021).

665 HAVA GARCÍA (2009), pp. 126 y ss.

los animales allí incorporados, excluyendo a los animales que vivan en estado salvaje. Al efecto, señala que

“Resulta inexplicable que se hayan excluido del ámbito típico de los tres primeros párrafos del art. 337 CP a los animales que “viven en estado salvaje” (o sea, como mínimo a los especímenes de fauna silvestre que nunca han vivido bajo control humano) a pesar de que muchos de estos animales tienen una capacidad de sufrimiento equivalente a la de la mayoría de los animales domésticos o de compañía. El hecho de que algunas de esas especies puedan ser calificadas legalmente como “cinegéticas” no constituye excusa suficiente para su exclusión, pues también el ejercicio de la caza (como la posesión de animales de compañía) está sometida a determinadas limitaciones y prohibiciones<sup>666</sup>.

En el mismo sentido, Cervelló Donderis aboga por una expansión del catálogo que equipare a todos los animales vertebrados y dotados de sistema nervioso central, bajo el argumento de que “la capacidad de sufrimiento es igual a la del resto de animales”<sup>667</sup>.

### **1.2.2. El tipo agravado (art. 337.2)**

El tipo básico, recién revisado, encuentra sus formas agravadas o exasperadas en el artículo 337.2, que llevan a que el juez deba imponer *en su mitad superior* la pena prevista en el art. 337.1, para el caso de concurrir alguna de las circunstancias que allí se enuncian. Con todo, las agravantes especiales aquí consideradas han sido, también, objeto de una valoración crítica por parte de la doctrina.

Una de las más agudas proviene de Hava García, quien apunta al afán de “humanización” de la regulación del maltrato de animales, lo que ha llevado a instaurar un sistema muy similar al de las lesiones a personas y, con ello, “ha provocado que se pierda de vista el objetivo esencial perseguido, esto es, el de *evitar que los humanos inflijan a los animales dolor y/o sufrimiento injustificadamente*”<sup>668</sup>. Así, el legislador habría incorporado en el

---

666 HAVA GARCÍA (2021), p.216.

667 CERVELLÓ DONDERIS (2021), p. 82. Con todo, dicha posibilidad se avizora para el caso de aprobarse el Anteproyecto de Ley Orgánica que busca modificar el CPE en la materia, impulsado por la legislatura del Presidente del Gobierno español, Pedro Sánchez, a través del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, particularmente a través de la Dirección General de Derechos de los Animales que, entre otros aspectos, suprime el catálogo de animales contemplado a la fecha, extendiendo el manto de protección a todos los animales vertebrados. Recurso completo disponible en <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-animales/docs/APLO-MALTRATO-ANIMAL.pdf>.

668 HAVA GARCÍA (2021), p.216, cursivas en original. En sentido contrario, valorando la gradación y defendiendo que la misma debe ser interpretada en el mismo sentido que las lesiones humanas, RIOS CORBACHO (2026), p. 33, también REQUEJO CONDE,

catálogo conductas o modalidades que, en realidad, no se vinculan con la causación de un mayor sufrimiento a los animales, incluyendo circunstancias que en algunos casos incluso podrían aminorar el dolor causado al animal en el despliegue de la conducta, como sería el de la letra a), relativa a la utilización de elementos concretamente peligrosos para la vida del animal<sup>669</sup>. Requejo Conde, por su parte, critica la misma letra a), como superflua e innecesaria<sup>670</sup>.

También objeto de críticas ha sido la agravante contemplada en la letra d), que aumenta el reproche en caso de que la conducta fuere realizada en presencia de un menor de edad. Si bien, según algunos autores, la idea que subyace a esta disposición no puede ser otra que la de la protección reforzada no del animal, sino de los menores que pudieren verse expuestos a actos de maltrato hacia los animales y la afectación que ello pudiere irrogar a su correcto desarrollo psico-emocional<sup>671</sup>, lo cierto es que resuena, en términos estrictamente penales, como una vuelta a las sanciones morales dieciochescas que buscaban proteger sentimientos y buenas costumbres, lo que pugna con los principios limitadores del Derecho penal.

Finalmente, en lo relativo a la agravación por ensañamiento, cabe recordar que, hasta la reforma del año 2010, el empleo de ensañamiento era uno de los elementos del tipo, lo que acarreaba problemas tales como la enorme dificultad para probar la concurrencia del elemento subjetivo, y la dificultad para compatibilizar su demanda con la omisión y el dolo eventual<sup>672</sup>. Así, ausente a partir del año 2010, retorna al tipo penal en 2015, pero esta vez como una forma agravada del tipo básico. Para su interpretación, parece posible recurrir a lo impuesto por el artículo 22. 5ª del CPE, que define la circunstancia genérica de ensañamiento como “aumentar deliberada e inhumanamente el dolor a la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”<sup>673</sup>.

---

Carmen (2015) “El delito de maltrato a los animales tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo”, recurso rescatado de [www.derechoanimal.info](http://www.derechoanimal.info), y MESÍAS RODRÍGUEZ (2018).

669 *Ibid.*

670 REQUEJO CONDE (2015).

671 Como indica Brage Cendán, esta norma acompañaría otras tantas dispersas a lo largo del CPE, que refuerzan la idea de la protección del desarrollo de los menores de edad frente a presenciar determinados hechos delictivos. Este sería el caso de los delitos de maltrato (art. 153.3); amenazas (art. 171.5); coacciones (art. 172.2), violencia doméstica (art. 173.2) y abusos sexuales (art. 183 bis). En BRAGE CENDÁN (2017) pp. 99 y ss.

672 BRAGE CENDÁN (2017) pp. 97 y ss.

673 Artículo 22. 5ª CPE.

### 1.2.3. El tipo cualificado (art. 337.3)

El art. 337.3, a diferencia del art. 337.2 recién revisado, no sólo exaspera la pena, sino que derechamente la aumenta: pasa de tres meses y un día a un año de prisión, a de seis a dieciocho meses de prisión; y de un año y un día a tres años de inhabilitación, a de dos a cuatro años de inhabilitación, todo ello para el caso de que, producto del despliegue de las conductas descritas en los apartados anteriores, se produzca la muerte del animal<sup>674</sup>.

Se trata, como indica Hava García, de una hiper agravación por el resultado de muerte<sup>675</sup>, lo que resulta a todas luces un claro caso de calificación por el resultado. En efecto, poco importa si la intención del autor era o no causar la muerte del animal, sino tan sólo que, en caso de producirse aquel resultado, deviene aplicable el aumento punitivo.

Para algunos autores, la intensificación de la penalidad asociada a la causación de la muerte al animal habría de ser interpretada como una adscripción de derechos subjetivos a los animales, asimilando la gradación de los atentados del art. 337.1 y 337.2 a las lesiones, y el 337.3 a los diversos tipos de homicidio<sup>676</sup>. Con todo, resulta indispensable advertir que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la protección penal de la vida humana (p. ej., los diversos tipos de homicidio), aquí siempre será necesario probar la relación de causalidad entre el maltrato y la muerte, no siendo en caso alguno punible, aunque moralmente reprochable, la muerte de un animal que no fuere el resultado directo de un maltrato injustificado<sup>677</sup>.

Y ello es así porque lo contrario resulta inconcebible a la luz de los diversos usos a los que los animales siguen siendo puestos, esto es, desde los más básicos de alimento; los quizás más necesarios, de investigación biomédica; hasta los más superfluos como la caza deportiva, la vestimenta y los espectáculos. Ninguno de ellos sería posible si la muerte de un animal recibiere, sin más un reproche penal.

---

<sup>674</sup> Explicado en mayor detalle en MENÉNDEZ DEL LLANO (2017).

<sup>675</sup> HAVA GARCÍA (2021).

<sup>676</sup> Así, p.ej., RÍOS CORBACHO (2016), pp. 35 y ss.

<sup>677</sup> Así entendido, entre otros, por CERVELLÓ DONDERIS (2016), p. 34 y ss.

#### 1.2.4. El subtipo atenuado (art. 337.4)

El art. 337.4 recoge la antigua falta, ya derogada, del art. 632.2. Se trata, según diversos autores, de un tipo residual en el que se establece, como delito leve que es, una pena de multa y de inhabilitación, siendo la imposición de esta última facultativa.

Se trataría de un tipo penal de carácter residual y subsidiario<sup>678</sup>, por cuanto, como indica al inicio de su texto, se aplicará a los supuestos diversos a los contemplados en los apartados anteriores. Con todo, lamentablemente esa es la única sección de más simple comprensión en el artículo puesto que, como ha señalado también desde antaño gran parte de la doctrina<sup>679</sup>, se trata de un artículo en extremo confuso, que admite varias posibles interpretaciones, todas más o menos plausibles.

Así, los elementos del tipo comentado que mayor confusión causan en el tipo en comento son, en primer lugar, la alusión a la “crueldad” del maltrato, elemento que suele denotar una animosidad especial y que se encuentra ausente en el tipo básico, además del requisito de que los actos reprochados se produzcan en “espectáculos no autorizados legalmente”, y también la alusión a “cualesquiera otros” (animales).

Además, resulta a lo menos contraintuitivo que un subtipo atenuado exija un elemento típico subjetivo más intenso que el que se exige para el tipo básico. En efecto, deviene difícil comprender que, tratándose de un tipo atenuado y residual, se incorpore una exigencia anímica de mayor disvalor que la exigida para el tipo básico y para los agravados. Brage Cendán, en un intento de dotar de coherencia al precepto, propone derechamente que se interprete el maltrato al que refiere el art. 337.4 como uno similar al del tipo básico, sin la incorporación de una nueva exigencia<sup>680</sup>.

Muñoz Conde, por su parte, intenta dotar de sentido a la norma haciendo hincapié en otras diferencias entre el tipo básico y el residual, apuntando a que el básico requeriría de la producción de determinados resultados, o de la explotación sexual, mientras que el residual no lo demanda, constituyéndose entonces éste último en un tipo privilegiado en relación al básico<sup>681</sup>. Para el autor, al igual que para Brage Cendán, maltrato injustificado y maltrato cruel habrían de ser entendidos como refiriendo a un mismo supuesto, lo que hace sentido si consideramos que lo contrario, es decir, asumir que la “crueldad” del art.

---

678 Tipo “cajón de sastre”, como indica RÍOS CORBACHO (2016).

679 Así, REQUEJO CONDE (2015) y MESÍAS RODRÍGUEZ (2018), entre otros.

680 BRAGE CENDÁN (2017) p. 102.

681 MUÑOZ CONDE (2017).

337.4 equivaldría al “ensañamiento” (circunstancia de agravación del art. 337.2.b), sería un absurdo a la luz de las penas asociadas.

Con todo, y para el caso de que, efectivamente, se exigiera la concurrencia de “crueldad” como elemento del tipo, Hava García acusa el riesgo de una “indeseable laguna de punición”, provocada por el hecho de que ello implicaría dejar fuera del reproche penal a ‘todos aquellos supuestos en los que dicho maltrato no haya causado ninguno de los resultados mencionados, ni tampoco sea considerado “cruel” por el órgano juzgador’<sup>682</sup>.

Otras críticas que se han dirigido a la redacción se vinculan con que, al parecer, la alusión a “cualesquiera otros” pareciera estar alterando el objeto material del tipo básico, abriendo el catálogo de animales que pueden ser objeto de maltrato, pero imponiendo a continuación el requerimiento de que el maltrato se produzca en “espectáculos no autorizados legalmente”. Finalmente, tampoco queda claro si se exige que la conducta deba afectar a más de un animal, ya que habla de “los animales” en términos plurales, mientras que el resto del art. 337 habla “del animal” en términos singulares.

Pues bien, no siendo pocos los problemas exegéticos que plantea la redacción de este numeral, diversos autores han propuesto posibles soluciones interpretativas, principalmente respecto a dos cuestiones, por lo demás íntimamente relacionadas: por una parte, a qué animales refiere el precepto; y por otra, en qué lugar o en qué circunstancias habría de realizarse la conducta o, dicho de otro modo, qué ha de entenderse por “espectáculos no autorizados legalmente”, y para qué casos.

Respecto de lo último, resulta útil la comprensión ofrecida por Brage Cendán, quien entiende por tales los “realizados ante una concurrencia indeterminada de personas, con fines lúdicos o de entretenimiento, con ánimo de lucro o sin él, y carentes de autorización, por no haber sido solicitada o por haber sido denegada”<sup>683</sup>. Además, habrían de considerarse incluidos aquellos espectáculos que derechamente no son autorizables, por encontrarse prohibidos, en lo que las normas autonómicas y comunales jugarían un rol fundamental<sup>684</sup>.

---

682 HAVA GARCÍA (2021) p. 217.

683 BRAGE CENDÁN (2017) p. 104.

684 Razón por lo que el precepto, según Brage Cendán, es una norma penal en blanco a ser completada por el derecho administrativo. *Ibid.* Tal sería el caso, p.ej., de la prohibición de las corridas de toros en la Comunidad Autónoma de Cataluña, vigente a partir de 2012.

En lo relativo al catálogo de animales objeto del tipo, es posible encontrar en la doctrina dos tipos de interpretaciones. La primera, corresponde al grupo de autores que estiman que el artículo contempla dos supuestos, consagrando dos niveles de protección: a) el supuesto de maltrato cruel, en todo caso – independiente del lugar o el motivo – a los animales domésticos, fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, y b) el maltrato a cualesquiera otros animales, cuando éste se produzca en espectáculos no autorizados<sup>685</sup>. La segunda interpretación, en cambio, asume la existencia de un solo supuesto en el artículo, cual es el de la sanción residual del maltrato de todos los animales, tanto domésticos como no domésticos, sólo en espectáculos no autorizados legalmente.

La primera interpretación, más benévola para con los animales domésticos, es la que convoca más adeptos en la doctrina española, lo que no deja de tener sentido, por cuanto resulta una interpretación acorde con el tenor literal del precepto y con los artículos precedentes, que denotan un interés penal superior por la protección de los animales domésticos o domesticados<sup>686</sup>. La segunda, por su parte, concita menos adhesión, pero convence si la interpretación se realiza desde una perspectiva restrictiva, *pro reo*<sup>687</sup>. En cualquier caso, resulta claro que los niveles de protección de los animales domésticos, *versus* la de “cualquiera otro”, da cuenta de la existencia de dos niveles distintos, tanto más beneficioso para con los primeros.

### **1.2.5. El delito de abandono (art. 337 bis)**

Finalmente, el art. 337 bis recoge, como delito leve<sup>688</sup>, la antigua falta de abandono contemplada en el, ahora derogado, art. 631.2<sup>689</sup>.

---

685 Así, particularmente, en CERVELLÓ DONDERIS (2016), p. 42.

686 Son de esta opinión, entre otros, RÍOS CORBACHO (2016) y HAVA GARCÍA (2011); como también CUERDA ARNAU, María Luisa (2015) “Inhabilitación especial tenencia de animales”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Dir. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

687 Entre otros, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (2015) *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Dir. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1192-1206.

688 O “subsidiario”, como indica REQUEJO CONDE (2015), p. 24.

689 Con todo, se ha mantenido vigente la sanción contemplada en el art. 37.16 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que castiga como infracción leve “abandonar animales domésticos en condiciones en que pueda peligrar su vida” con una multa de 100 a 600 euros (recurso disponible en <https://boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-3442-consolidado.pdf>) lo que, como indica Hava García, representa un desafío a la hora de determinar el ámbito típico de ambas tipificaciones. En HAVA GARCÍA (2021), p. 218.



A diferencia de la derogada falta, la regulación hoy vigente amplía el catálogo de animales objeto de la conducta, pasando de ser sólo los domésticos a todos los contemplados en el 337.1, e incrementa las penas. Al igual que para el caso del delito residual del art. 337.4, la sanción contemplada comprende una pena de multa de uno a seis meses y la posibilidad para el juez de imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales, y para la tenencia de animales.

Se trata de un delito especial, por cuanto el sujeto activo sólo podría ser quien ostente la titularidad de la tenencia del animal, o se encontrase circunstancialmente encargado de su custodia<sup>690</sup>.

El comportamiento típico es el de abandonar a un animal, de aquellos catalogados en el apartado primero, en condiciones de que pueda peligrar su vida o integridad. Como resulta claro, el tipo objetivo se compone de dos elementos: el abandono y la puesta en peligro. El abandono, término que excede el ámbito penal, habrá de entenderse según su tenor literal. La RAE define el término “abandonar”, en su primera acepción, como “dejar solo algo o a alguien alejándose de ello o dejando de cuidarlo”<sup>691</sup>. La doctrina, en general, ha entendido que el abandono puede concretarse de dos formas diversas: en primer lugar, como un abandono “físico”, es decir “la expulsión física del hábitat humano del animal con intención de desprenderse o renunciar a él, poniendo fin a la relación entre el animal y su dueño o cuidador”<sup>692</sup>, y en segundo lugar, como un abandono “funcional”, es decir, a través de “la inobservancia del cumplimiento de las obligaciones que como poseedor-garante se tiene respecto del animal”<sup>693</sup>. Consecuentemente, la conducta admite ser desplegada tanto de manera activa como omisiva.

La exigencia de una puesta en peligro, por su parte, ya presente en la anterior falta – y a diferencia del tipo penal de abandono chileno, como se verá – torna atípico todo abandono del que pudiere predicarse no haber puesto en peligro al animal (por ejemplo, a las puertas de una protectora de animales o de un centro de recogida, o en una jornada de adopción o de esterilización). Según algunos autores, se trata de un delito de peligro abstracto<sup>694</sup>,

---

690 Así también entendido por REQUEJO CONDE (2010), BRAGE CENDÁN (2017), y RÍOS CORBACHO (2016).

691 Disponible en <https://dle.rae.es/abandonar#01yxXv6>

692 REQUEJO CONDE (2010), p. 75

693 *Ibid.* También en BRAGE CENDÁN (2017), p. 111.

694 Así, BRAGE CENDÁN (2017).

pero me inclino por sostener que se trata, más bien, de uno de peligro concreto<sup>695</sup>, por la directa alusión a la vida y la integridad del animal. Siendo ello así, el peligro para la vida y la integridad del animal deberá ser probado<sup>696</sup>. La entidad del riesgo, en cualquier caso, será algo a determinar según las características del asunto en particular, en concreto, la edad y estado de salud del animal, y el lugar del abandono, entre otros elementos que puedan resultar determinantes para la concurrencia del peligro requerido como elemento típico<sup>697</sup>.

### **1.2.6. El tipo subjetivo, la antijuridicidad, la penalidad y las posibilidades concursales**

Respecto al elemento subjetivo, la doctrina es unánime en afirmar que se trata, en general, de tipos dolosos que admiten supuestos de dolo eventual<sup>698</sup>. Para el delito de abandono, en cambio, la comisión por dolo eventual parece imposible o al menos muy poco probable, por lo que se requeriría de dolo directo. No obstante, podría admitirse el dolo eventual en el abandono, pero sólo en lo relativo al elemento “peligro”.

Sobre la antijuridicidad, además de la general alusión a que la conducta de maltrato debe desempeñarse “injustificadamente” – a lo que volveré más adelante dada su presencia generalizada en este tipo de delitos –, pueden buenamente concurrir las diversas causales contempladas en el CPE. Con todo, particularmente respecto a la posibilidad de concurrencia de la legítima defensa (art. 20.4), es posible distinguir dos posiciones doctrinarias predominantes en la materia. Por una parte, es posible identificar a un grupo de autores que rechazan la posibilidad de esta causal, por cuanto estiman imposible la concurrencia de una “agresión ilegítima” por parte de un animal, *conditio sine qua non* para la legítima defensa, debido a que la ilegitimidad sería predicable sólo de acciones humanas realizadas voluntariamente. En segundo lugar, están los autores que estiman que la causal podría proceder en este delito, pero sólo cuando el animal estuviere siendo utilizado por otro sujeto activo como medio para cometer una agresión, constituyéndose

---

695 Así también, MESÍAS RODRÍGUEZ (2018), p. 86.

696 En el mismo sentido, CORCOY BIDASOLO (2015).

697 Así, RIOS CORBACHO (2016).

698 Entre otros, en PRATS (2020).

el animal en un instrumento mediato para la verificación de la agresión<sup>699</sup>, lo que parece correcto a la luz de la imposibilidad de predicar de los animales la posesión de una “voluntad” válida en términos jurídicos, según lo visto en los capítulos precedentes.

Respecto de las penas, la pena de prisión del tipo básico va de tres meses y un día a un año, con lo que se permite la suspensión de la ejecución o sustitución de la pena impuesta, ya que el umbral penológico no sobrepasa los dos años (p.ej. las posibilidades contempladas en los artículos 83.1 6ª, relativa a programas formativos de protección de animales; o del 84.1. 3ª, de realizar trabajos en beneficio de la comunidad)<sup>700</sup>.

A lo anterior se suma la pena de inhabilitación para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales, siendo ésta última una innovación propia de la reforma de 2015. Con todo, esta inclusión resulta poco clara en aspectos tales como el alcance y extensión de la prohibición de tenencia, aunque en la doctrina impera la idea, principalmente en base a la letra de la norma, que no implica una prohibición para la convivencia, sino sólo para ser responsable directo de un animal, de modo que un condenado podría, en efecto, convivir con un animal cuya tenencia se encuentre bajo la titularidad de otra persona<sup>701</sup>. Una comprensión diversa habría de, necesariamente, importar la inclusión del término “convivencia”, como una posibilidad de *lege ferenda*<sup>702</sup>.

En cuanto a las posibilidades concursales, resulta perfectamente concebible que, producto de la subsistente consideración de los animales como entidades apropiables, concurra un concurso ideal de algún tipo de delito de maltrato con el delito de daños del art. 263 CPE, p. ej., en caso de ser el animal de propiedad de un tercero<sup>703</sup>. También, en caso de ser más de uno los animales maltratados, podría considerarse que concurren varios delitos de maltrato, dándose un concurso real. Así lo estima Brage Cendán, amparando dicha postura en que el precepto hace alusión al “animal maltratado” en singular<sup>704</sup>, lo que

---

699 BRAGE CENDÁN (2017) p. 79 y ss.; también DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (2011) *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Dir. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Ed. Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 493-504; RÍOS CORBACHO (2016), y CERVELLÓ DONDERIS (2016), entre otros.

700 Así también en Bernuz Beneitez, María José (2020) “¿Castigos (eficaces) para delitos contra los animales? Repensando la respuesta al maltrato animal”, en *Revista InDret*, 1.2020, pp. 394-423; y CERVELLÓ DONDERIS (2021), p. 97.

701 CERVELLÓ DONDERIS (2021).

702 Así, REQUEJO CONDE (2015).

703 Así también, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (2011).

704 BRAGE CENDÁN (2017), p. 91; CERVELLÓ DONDERIS (2021), y OLMEDO DE LA CALLE (2021). En el sentido inverso, precisamente problematizando la dificultad de considerar la concurrencia de un concurso real en la tipificación de 2003, precisamente

representa una novedad de la reforma de 2015, toda vez que las tipificaciones anteriores sancionaban los maltratos en contra de “animales”, en términos plurales. Misma cosa puede decirse del delito de abandono para el caso de que fuesen varios los animales abandonados, por cuanto allí se utiliza, también, la voz “animal” en singular.

## **2. El delito de maltrato animal en el derecho chileno**

Tal como se hiciera respecto a la tipificación española, a continuación, se llevará a cabo un estudio de la tipificación penal del maltrato animal en Chile, tanto a través de una revisión de su evolución jurídico-legislativa, como de un análisis dogmático de la tipificación vigente<sup>705</sup>.

### **2.1. Evolución histórica de la tipificación penal chilena**

Al igual que para el caso español, escapa a los objetivos de este trabajo una revisión exhaustiva y acabada de la historia de la penalización de los malos tratos en Chile, por lo que a continuación se revisarán los principales hitos de su penalización: partiendo por la inicial, en el siglo XIX, con la introducción de la primera tipificación penal como falta, para pasar luego a la penalización como delito a partir del año 1989, y sus sucesivas modificaciones. Aquí, también, se advertirá una evolución, tanto en el tipo de conductas sancionadas como en las penas.

#### **2.1.1. Primera tipificación: la falta del CPCh de 1874**

Anticipándose a España, la primera tipificación penal en materia de maltrato de animales fue introducida en Chile en el año 1874, de mano del primer Código Penal de que

---

porque la voz utilizada era la de “animales”, en plural, en REQUEJO CONDE (2010), p. 59. La misma situación ocurre en el tipo penal chileno, como se verá más adelante.

705 Sobre la evolución del delito de maltrato animal en Chile, véase también en LEIVA ILABACA, Carolina (2018a) “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 GALLEGOS, Javier (Eds.) *Derecho Animal. Teoría y práctica*, Ed. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018, pp. 405-426, y en MELLA PÉREZ, Rodrigo (2018) “Evolución jurisprudencial del delito de maltrato o crueldad animal en Chile”, en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, pp. 147-176.

conociere la joven República. Así, en el Libro III, art. 496 N° 35, se plasmó el primer reproche a los malos tratos, de la forma que sigue:

*Artículo 496. Sufrirá la pena de prisión en su grado mínimo conmutable en multa de uno a cinco sueldos vitales:*

*N° 35. “el que se hiciere culpable de actos de crueldad o maltrato excesivo para con los animales”.*

Como indica Guzmán Dalbora, la inspiración de la redacción chilena habría sido el Código Penal de Bélgica de 1867 (el que contemplaba una falta de maltrato redactada en términos prácticamente idénticos), consagrándose así en Chile un “sistema de tutela ética – en tanto enfocado en el cuidado del animal –, a diferencia de otras tipificaciones de la época, de afán más bien educativo/preventivo y/o de protección de la propiedad<sup>706</sup>. En efecto, de la simple lectura del precepto chileno es posible advertir que, desde un inicio, se contempló una sanción a imponer independientemente de la propiedad del animal, como también con total prescindencia del requisito de publicidad, presente en muchas de las tipificaciones de la época y como fuere, ciertamente, el caso de España.

También se diferenció desde un inicio la tipificación chilena de la española, y de la mayoría de las consagradas en esa época, en que el objeto material del delito habrían sido los “animales” en términos amplios, sin distinción ni restricción a los domésticos lo que, como se verá, se ha mantenido incólume hasta el día de hoy<sup>707</sup>. Ahora bien, las razones del porqué de esta eventual voluntad “más amplia” de protección a los animales, así omnicomprendivamente considerados, no son claras aunque, como han sugerido algunos autores, podría ello obedecer a que a la postre las ideas liberales ilustradas calaron fuertemente en la incipiente elite intelectual y política criolla.

En efecto, de ello dan cuenta algunos registros históricos como, p. ej., los que muestran cómo en los albores de la república hubo voces que llevaron a la *res publica* la cuestión sobre la protección de los animales, reconociendo en ellos la capacidad de experimentar sufrimiento. Tal habría sido el caso de, v.g., Manuel de Salas (1754-1841), intelectual liberal, educador y luchador de la causa independentista quien, influenciado fuertemente por las ideas de la ilustración española, en pleno gobierno de Bernardo O’Higgins y siendo miembro del primer Congreso Nacional de la naciente República de Chile,

---

706 GUZMÁN DALBORA (2007), pp. 229 y ss.

707 LEIVA ILABACA (2018a).

protestó en contra de las corridas de toro (presentes en el país desde 1555) y presentó una moción parlamentaria para prohibirlas, argumentando que el “trato dado a los animales atentaba contra la ilustración y la cultura propias de costumbres civilizadas”<sup>708</sup>. Así, con fecha 15 de septiembre de 1823, el entonces Director Supremo, Ramón Freire, firmó la prohibición definitiva de las corridas de toro y de las peleas de gallo en Chile. Dando feaciente cuenta del pensamiento de la época, ello ocurrió en el mismo decreto en que fue abolida la esclavitud<sup>709</sup>.

### 2.1.2. Segunda tipificación: Ley 18.859 de 1989 (nacimiento del art. 291 bis del CPCh)

Trascurrida una centenaria e incólume vigencia de la falta contenida en el Código de 1874, y habiendo mediado algunos intentos normativos a efectos de convertirla en delito<sup>710</sup>, recién en 1989, a través de la Ley N° 18.859 de fecha 2 de noviembre de 1989<sup>711</sup>, el legislador de la época incorporó en el Código Penal un nuevo artículo, el 291 bis, incluido al interior del título VI, Párrafo 9 del Libro II, de los “delitos relativos a la salud animal y vegetal”. A través de dicha incorporación, se incrementaron las penas previstas para la falta y se suprimió la necesidad de que los actos fueren “excesivos”. Así, la nueva tipificación impuso que

*“El que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo<sup>712</sup> y multa de uno a diez ingresos mínimos mensuales o sólo esta última”.*

---

708 MIROSEVIC VERDUGO, Vlado (2015), *Liberales Plebeyos, el relato de un pipiolo del siglo XXI*, 1ª ed. Editorial RIL editores, Santiago, (2015); también en IZQUIERDO FERNÁNDEZ, Gonzalo (1990) *Historia de Chile*. 3 vol., Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, T. I, 1990.

709 FELIÚ CRUZ, Guillermo (1973) *La abolición de la esclavitud en Chile*, 2ª ed. Editorial Universitaria, Santiago, (1973).

710 Así, el proyecto de ley de 25 de abril de 1962, que creaba el delito de crueldad para con los animales, estableciendo en su artículo 1º que la conducta típica estaría constituida por “toda acción u omisión que cause dolores o sufrimientos innecesarios en un animal”; el anteproyecto de decreto ley de 22 de septiembre de 1977, originado en el Departamento Asesor del Ministerio de Justicia de la dictadura Militar, que describía 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”, y el proyecto de ley de 17 de julio de 1981 que castigaba, en términos más amplios y simples que las iniciativas que le precedieron, a todo quien “realizara actos de crueldad con un animal”. En las tres propuestas es posible advertir que, al igual que en el actual delito nacido en 1989, se mantenía la no distinción entre tipos, categorías o clases de animales objeto material del delito, tal como venía siendo en la falta de 1874. En VILLACURA GONZÁLEZ, Claudia (2005) *El delito de maltrato o crueldad con animales en Chile. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad de Talca, Chile, 2005.

711 Ley 18.859 de 1989, recurso disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30234&idParte=7186548&idVersion=1989-11-29>

712 Esto es, de 61 a 540 días.

La propuesta, como fuere el caso francés y también el de la primera falta española, vino de mano de la iniciativa de un general, en este caso, el General Director de Carabineros Rodolfo Stange Oelckers, en pleno ejercicio de la Dictadura Militar (1973-1990) y a sólo pocos meses del retorno a la democracia<sup>713</sup>.

Se desconocen las motivaciones exactas del General Stange para la creación del delito de maltrato animal, ya que por tratarse de un periodo dictatorial no existen registros cabales de las discusiones relativas a la producción legislativa. No obstante, se señaló en la época que el bien jurídico protegido, en palabras del mismo Stange, era la *salud animal*, de ahí su ubicación en el Código Penal dentro de los “delitos contra la Salud Animal y Vegetal”. Con todo, el informe técnico redactado en el marco de la tramitación legislativa da buena cuenta de su inspiración<sup>714</sup>. Allí, se estamparon consideraciones tales como:

- i. Se propone, como objetivo central de la iniciativa, el llenar un vacío existente de particular preocupación en ordenamientos jurídicos de otros países, estableciendo que la protección de los animales ha de estimarse como “un deber moral del hombre”, un “aporte en la vivificación del noble sentimiento humano del respeto a los seres más débiles”.
- ii. Se dispone que la ley cumple en la sociedad contemporánea un doble rol: “una función conservadora, que garantice los valores sociales predominantes, y una función transformadora de la sociedad, encausando los cambios sociales que se estimen necesarios”.
- iii. Se esgrimen, también, fundamentos de política criminal, señalando que “los actos de crueldad para con los animales endurecen el alma del hombre, predisponiéndolo a la violencia con sus semejantes, todo lo cual puede ser el origen de ciertas tendencias antisociales y delictuales”.
- iv. Se advierte que “los maltratos a los animales son constitutivos del delito de daño, pero que en este caso la protección radica en la defensa, no de aquellos, sino simplemente de la propiedad ajena”.

---

713 Miembro de la Junta Nacional de Gobierno, compuesta por los cuatro generales de las fuerzas armadas y de orden, a cargo del gobierno y la administración de la dictadura militar (1973-1990).

714 Historia de la Ley 18.859 de 1989. Biblioteca del Congreso Nacional. Valparaíso, Chile. Recurso disponible en <https://es.scribd.com/document/376515335/Historia-Ley-18859>.

- v. Se señala que “el animal es una cosa muy *sui generis*, que no puede equipararse a una cosa inanimada, pues, por su naturaleza, está dotado de sensibilidad”, agregando, en relación al bien jurídico protegido, que “resulta menester dar el paso esencial en lo tocante al bien jurídico. En efecto, se hace necesario desplazar el interés de la comunidad hacia la protección, no de la cosa, sino de la criatura”.

El proyecto inicialmente propuesto por la comisión redactora era bastante extenso, y perseguía convertirse en una ley penal independiente, no contenida en el Código Penal. Sin embargo, con fecha 18 de julio de 1989 el gestor del proyecto, General Stange, presentó una indicación sustitutiva en donde se advierte que, por razones de técnica legislativa, estima más conveniente incorporar una enmienda en el Código Penal y no insistir en la idea de una ley autónoma. El proyecto aprobado quedó, en definitiva, redactado en los siguientes términos:

Ley N° 18.859 que modifica el Código penal en lo relativo a la protección animal

*Artículo único. Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Penal:*

*1.- Agrégase el siguiente artículo 291bis:*

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

*2.- Derógase el N° 35 del artículo 496.*

De la lectura tanto de los fragmentos del informe técnico aquí reproducidos, como del artículo 291 bis así concebido, resulta claro que la *ratio* de la criminalización no era, en caso alguno, la propiedad, y que habría plasmado una especie de abierto reconocimiento a la sensibilidad de los animales. Con todo, las razones esgrimidas por la comisión resultan, también, muy ilustrativas de un afán conservador y civilizatorio, casi dieciochesco, de la protección del animal como deber moral no hacia el animal, sino hacia el mantenimiento de las maneras correctas y civilizadas.

### **2.1.3. Tercera tipificación: reforma operada por la Ley 20.380 de 2009**

Transcurridos veinte años de vigencia de la tipificación original, la Ley 20.380, sobre Protección de los animales, promulgada con fecha 11 de septiembre de 2009 y publicada



el 3 de octubre del mismo año, modifica el artículo 291 bis, pero sólo en orden a aumentar levemente su pena, manteniendo la redacción original en cuanto al tipo<sup>715</sup>:

*“El que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio<sup>716</sup> y multa de dos a treinta unidades tributarias mensuales, o sólo con esta última”.*

Así, se mantiene la penalización del maltrato de animales como un *simple delito* (con penas que van desde el presidio menor en sus grados mínimo a máximo) estableciendo una pena de privación de libertad y de multa, o de sólo esta última<sup>717</sup>. Cabe agregar que, durante la vigencia de la tipificación de 2009, sólo se dictó una sentencia imponiendo una pena privativa de libertad efectiva<sup>718</sup>.

#### **2.1.4. Cuarta tipificación: reforma operada por la Ley 21.020 de 2017 (ampliación de art. 291 bis y creación del 291 ter)**

Habiendo mediado varios intentos de reforma que buscaban reforzar el tipo penal<sup>719</sup>, no fue sino hasta el año 2017, en el contexto de la tramitación de una ley que perseguía regular la tenencia responsable de animales de compañía, donde surge la posibilidad cierta de una reforma del art. 291 bis. En efecto, durante la tramitación del Boletín N° 6.499<sup>720</sup>,

---

715 Artículo 18, Ley 20.380 sobre protección de animales, recurso disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1006858&idParte=>

716 Esto es, de 61 días a 3 años y un día.

717 LEIVA ILABACA (2018a).

718 Sentencia de Juzgado de Letras y Garantía de Freirina, de 08 de septiembre de 2015, RIT N° 323-2014. Sobre el caso y la pena lograda por la Fiscalía, véase [http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/sala\\_prensa/noticias\\_regional\\_det.do?id=9478](http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/sala_prensa/noticias_regional_det.do?id=9478)

719 Así, entre otros, el Boletín N° 10.895-07, de 7 de septiembre de 2016, presentado por los diputados Vlado Mirosevic Verdugo, Maya Fernández Allende, Cristina Girardi Lavín y Víctor Torres Jeldres, que “Modifica diversos cuerpos legales relativos a delitos que afectan a los animales para otorgarles una efectiva protección en materia penal”, cuyo objetivo no era otro que, además de dotar al tipo de elementos tanto normativos como jurídicos suficientes para destrabar la casi nula aplicación del injusto, crear un sistema integral de prevención y persecución penal. Así queda establecido de la lectura de los fundamentos de la iniciativa, que en su párrafo séptimo establece que “El presente Proyecto de Ley propone, por tanto, modificar el delito consagrado en el artículo 291 bis, sustituyéndolo y agregando apartados numerados bajo la nomenclatura latina ter a septies, en los que se explicita qué ha de entenderse por “maltrato o crueldad”, se gradúa el tipo penal según el resultado producido y se establecen una serie de circunstancias agravantes; se crea una pena de inhabilitación para la convivencia y el trabajo con animales, y se incorpora una medida accesoria tendiente a rehabilitar psicológica y socialmente al autor del delito. Por otra parte, se introducen modificaciones en el Código Procesal Penal, las que tienen por objeto facilitar la pesquisa y persecución de los delitos tipificados, además de la creación de un Registro especial para la incorporación de las condenas a la pena especial de inhabilitación que se crea en este proyecto”. También, en LEIVA ILABACA (2018a).

720 Inicialmente denominado, a su presentación en el año 2009, como proyecto de ley “sobre responsabilidad por daños ocasionados por animales potencialmente peligrosos” (moción parlamentaria en Sesión 14. Legislatura 357), ampliándose a lo largo de la tramitación a, no ya la exclusiva regulación de la responsabilidad por los daños ocasionados por animales potencialmente peligrosos,

Proyecto de Ley sobre “Tenencia responsable de mascotas y animales de compañía”, cuya extensa tramitación (de ocho años) se encontraba en tercer trámite constitucional (esto es, en Comisión Mixta, compuesta por miembros del Senado y de la Cámara de Diputados, reunidos para dirimir las divergencias suscitadas entre ambas cámaras) <sup>721</sup>.

Así, en el marco de las discusiones propias del trámite en la comisión, ocurrió en Chile un hecho de maltrato que impactó profundamente a la sociedad chilena, ya que fue video registrado por una transeúnte a través de la cámara de su teléfono móvil y, posteriormente, profusamente compartido y exhibido, tanto en redes sociales como incluso en medios de prensa formal. Se trataba de un caso de maltrato cruel infligido a un perro comunitario de muy avanzada edad<sup>722</sup>, conocido en su barrio con el nombre de “Cholito”, quien fuera violentado a golpes de pies y de objetos contundentes (palos y ladrillos) por un grupo de personas al interior de una galería comercial, en el Barrio Patronato de la comuna de Recoleta, Región Metropolitana<sup>723</sup>. El hecho ocurrió en horas de la noche del día 29 de diciembre del año 2016. Las imágenes captadas por la transeúnte causaron una conmoción sin precedentes en la ciudadanía a causa de la crueldad evidenciada, lo que movilizó no sólo a la opinión pública, sino también a la Comisión Mixta, que se aprestaba a finalizar su mandato para proponer un texto final a ambas cámaras.

Así, en sesión de fecha 24 de enero de 2017, a pocas semanas de la realización de marchas multitudinarias simultáneas en las principales ciudades del país, en las que se exigió tanto justicia para el perro Cholito como el endurecimiento de la persecución y la sanción penal del maltrato animal, la Comisión Mixta estimó oportuno introducir, en el texto de la Ley en discusión, modificaciones al artículo 291 bis vigente a la fecha, sometiéndose a consideración de la Comisión Mixta la propuesta de un grupo de diputados y senadores para reemplazar el artículo 291 bis<sup>724</sup>.

---

sino a la tenencia de todos los animales categorizados como “mascotas o de compañía”. En LEIVA ILABACA (2018a) y LEIVA ILABACA, Carolina (2018b) “Ley de tenencia responsable de mascotas y animales de compañía, N° 21.020-2017. ¿Constituye realmente un avance? Análisis crítico de sus puntos más oscuros”, en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* 2018, vol. 9/4, pp. 51-61.

721 De ello da cuenta la historia de la ley 21.020, sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía, recurso disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6387/>.

722 La misma Ley 21.020, de Tenencia responsable de mascotas y animales de compañía, definiría al “perro comunitario”, en su artículo 2° N° 4, como el “perro que no tiene un dueño en particular pero que la comunidad alimenta y le entrega cuidados básicos”.

723 A modo de ejemplo, véase nota de prensa en <http://www.cooperativa.cl/noticias/sociedad/fauna/agresion-a-perro-cholito-moviliza-a-redes-sociales/2017-01-11/131856.html>.

724 Historia de la ley 21.020, sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía. Además, críticamente en LEIVA ILABACA (2018b).

La Comisión Mixta acogió la indicación en parte, incorporando en el proyecto de ley de tenencia responsable la adición, al texto vigente del 291 bis, de dos nuevos incisos (ahora segundo y tercero), además de la creación de un nuevo artículo 291 ter. De esta forma, el texto acordado e incluido en el informe de la Comisión Mixta, y en definitiva aprobado por ambas cámaras entre los meses de abril y mayo de 2016, fue el siguiente:

**“Art. 291 bis.** *El que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de dos a treinta unidades tributarias mensuales, o sólo con esta última*<sup>725</sup>.

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

*Si como resultado de las referidas acción u omisión se causaren lesiones que menoscaben gravemente la integridad física o provocaren la muerte del animal se impondrá la pena de presidio menor en su grado medio y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, además de la accesoria de inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de animales*<sup>726</sup>”.

**“Art. 291 ter.** *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”.*

Así, la modificación operada en el art. 291 bis consistió, básicamente, en el establecimiento de dos variantes calificadas por el resultado, respectivamente en los nuevos incisos 2º y 3º del mismo artículo, en conjunto con la incorporación de un nuevo art. 291 ter, que persigue dotar de claridad a las formas delictivas tipificadas en el bis<sup>727</sup>. Además, como destaca también Mañalich, la modificación incorporó una innovación sumamente relevante, que se vincula con que, en la formulación de cada una de las dos variantes calificadas, la disposición ahora habla en términos singulares “del animal”.

---

725 A enero de 2023, una Unidad Tributaria Mensual corresponde a, aproximadamente, 60 €. Conversor disponible en <https://www.nacionales.cl/valor-utm>.

726 Artículos 291 bis y ter del Código Penal, modificado e introducido, respectivamente, por la Ley 21.020 de Tenencia responsable de Mascotas y Animales de Compañía.

727 LEIVA ILABACA (2018b).

Sobre ello, volveré más adelante<sup>728</sup>.

## 2.2. Breve análisis de la tipificación penal vigente tras la reforma de 2017

En lo sucesivo, se ofrece un análisis dogmático, conciso, de la tipificación de maltrato animal vigente en Chile, enfocado en los siguientes elementos: el tipo básico (291 bis inc. 1º y 291 ter); la primera forma cualificada (art. 291 bis inc. 2º); la segunda forma cualificada (art. 291 bis inc. 3º), el delito de abandono (art. 12, Ley 21.020), y el delito de organización de peleas de animales (art. 11, Ley 21.020), además de una revisión de los aspectos dogmáticos comunes a todos ellos.

### 2.2.1. El tipo básico (art. 291 bis inc. 1º y art. 291 ter)

El tipo básico del maltrato animal chileno, inicialmente contenido en el inciso único del art. 291 bis, se vio enriquecido de manera importante por la incorporación, a la postre, del nuevo art. 291 ter. En efecto, sin modificaciones en su núcleo típico desde su nacimiento en el año 1989, el art. 291 bis – ahora inciso 1º – consagra el reproche penalmente reforzado a *“el que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales”*, redacción que, tras la reforma de 2017, ha de entenderse complementada por el 291 ter, en términos de 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”*.

Siguiendo el tenor literal de la disposición, habrá de entender por “maltratar”, al igual que como se viera para el caso español, el acto de “tratar mal a alguien de palabra u obra”<sup>729</sup>; por “crueldad” la (1) “inhumanidad, fiereza de ánimo, impiedad” y (2) “la acción cruel e inhumana”<sup>730</sup>, y por “cruel”, aquel que “se deleita en hacer sufrir o se complace en los padecimientos ajenos”<sup>731</sup>.

De una simple lectura del texto legal, habría de entenderse que la conducta de “crueldad” revestiría un mayor disvalor que la del simple “maltrato”, mas, el legislador chileno parece valorarlos de manera equivalente. Con todo, como indica Guzmán Dalbora, se

---

728 Así en MAÑALICH RAFFO (2018).

729 Diccionario virtual de la Real Academia Española de la Lengua. Disponible en <http://dle.rae.es/?id=O4sdJrw>, primera acepción.

730 Ibid. Recurso disponible en <http://dle.rae.es/?id=BNZK1uK>, primera y segunda acepción.

731 Ibid. Recurso disponible en <http://dle.rae.es/?id=BNYpgnN>, primera acepción.

trata de un tipo de “formulación mixta alternativo”, estampada en un “sobrio esquema conceptual”, cual es el de cometer actos de maltrato o crueldad<sup>732</sup>. Así la “crueldad”, entiende el autor, no persigue la concurrencia de un tipo de ánimo particular, sino que referiría, únicamente, a las características del acto. Basta, indica, que “su *presentación externa* merezca la calificación de cruel”, es decir, aquellos que “sean *objetivamente insufribles, los que irroguen al animal un padecimiento intenso o agudo, o afecten sensiblemente su bienestar físico o psíquico y se coloquen más allá de toda justificación o necesidad*”<sup>733</sup>. Por su parte, el término “maltrato”, no pudiendo ser considerado sinónimo de crueldad, daría cuenta, a juicio del autor, de “*una situación básica de empleo o aprovechamiento lícitos del animal, que el agente, sin embargo, sobrepasa, yendo más lejos de lo que la necesidad autoriza*”<sup>734</sup>.

Ahora bien, la conducta – primitivamente contenida de forma exclusiva en el verbo rector “cometer actos de maltrato o crueldad con animales” – se ha visto complementada en su ámbito de aplicación merced del nuevo artículo 291 *ter*, que esclarece que por tal conducta ha de entenderse “toda acción u omisión, ocasional o reiterada, que injustificadamente causare daño, dolor o sufrimiento al animal”.

De esta forma, ha quedado definitivamente extrañada cualquier discusión sobre la posibilidad de comisión por omisión del injusto<sup>735</sup>, pasando a ser, por tanto, factible incurrir en dicha modalidad por parte del responsable del animal, o de quien circunstancialmente ostentare la posición de garante, ello a través de la denegación de los cuidados necesarios requeridos según su especie e incumpliendo, así, las obligaciones básicas de tenencia responsable consagradas en la Ley 21.020 y su reglamento, el Decreto 1007, de 2018<sup>736</sup>. Se trata, por tanto respecto a la modalidad omisiva, de un delito especial.

En lo relativo a la modalidad activa, se trata de un delito común.

---

732 GUZMÁN DALBORA (2007), p. 232.

733 *Ibid*, p. 233, énfasis en original.

734 *Ibid*, p. 236, énfasis en original

735 Posibilidad ya defendida en nuestra doctrina nacional por Guzmán Dalbora en GUZMÁN DALBORA (2007).

736 Decreto 1007, de 2018, “Reglamento que establece la forma y condiciones en que se aplicarán las normas sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía y determina las normas que permitirán calificar a ciertos tipos de especímenes caninos como potencialmente peligrosos”. Recurso disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1121980>

### **2.2.2. Las formas agravadas (art. 291 bis inc. 2º y 3º)**

La reforma chilena de 2017, al igual que la española de 2015, pretendió también imprimir en la tipificación penal una especie de “asimilación” entre los posibles daños causados a los animales y las lesiones a humanos. Para ello, se incorporó una suerte de “gradación penológica”, que buscaría reflejar un mayor reproche ante el mayor disvalor que representaría la causación de resultados más graves en el animal<sup>737</sup>.

Así, el inciso 2º del art. 291 bis impone que “si como resultado de una acción u omisión se causare al animal *daño*”, la pena de presidio prevista en el inciso primero se mantiene incólume, pero la de multa habrá de imponerse siempre (no alternativamente, como en el inciso 1º) y ha de partir desde la base de diez unidades tributarias mensuales, y no de dos, como el inciso 1º. Además ha de añadirse, en todo caso, la pena accesoria de inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de animales.

El inciso 3º impone que, para el evento de que los resultados consistiesen en “*lesiones que menoscaben gravemente la integridad física o provocaren la muerte del animal*” (equiparando las lesiones de importancia con la muerte, a diferencia del caso español, que las distingue, reprochando más fuertemente la causación de muerte), la pena de prisión habrá de imponerse en su grado medio<sup>738</sup> (se elimina la posibilidad de graduarla en el rango del menor al medio) y la multa parte, aquí, de una base de veinte unidades tributarias mensuales, y no de diez, como el inc. 2º, a lo que habrá de agregarse la pena “accesoria de inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de animales”. De esta forma, y sin exhibir un aumento penológico relevante, sino sólo una exasperación de la pena ya contemplada con anterioridad a la reforma, la penalización chilena sigue, en mucho, el estilo de graduación del reproche adoptado en 2015 por la legislación española.

### **2.2.3. El delito de abandono de animal (art. 12 inc. 1º, Ley 21.020)**

Como novedad, en la Ley 21.020 se incorporó la tipificación penal del delito de abandono de animales, de la forma que sigue,

---

737 LEIVA ILABACA (2018a).

738 Esto es, de 541 días a 3 años y un día.

*“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>739</sup>.*

De esta forma, el delito de abandono se consagra como un delito de mera actividad y no requiere, a diferencia del caso español, de ninguna circunstancia especial de peligro para el animal, más allá de la mera acción. Además, contempla las mismas penas establecidas en el 291 bis para el delito de maltrato, con lo que el legislador, podría colegirse, habría perseguido reprochar fuertemente la práctica, tan extendida, del abandono. Con todo, y de manera similar a como ha sido entendido el delito de abandono en España, habrá de considerarse aquí también posible su comisión tanto de forma física como de forma funcional (o, dicho de otro modo, en sus variantes activa y omisiva), en el sentido así expresado en la significación ofrecida por la RAE de “abandonar”, en su primera acepción, como “dejar solo algo o a alguien alejándose de ello o dejando de cuidarlo”<sup>740</sup>.

Sin embargo, y a pesar de su formulación en la Ley 21.020, de tenencia responsable de animales de compañía, la norma, nuevamente, no distingue entre categorías o tipos de animales por lo que, estimo, podría perfectamente concurrir en caso de abandono de un animal de abasto; de animales utilizados en deportes; animales de laboratorio, o incluso los pertenecientes a algún tipo de colección, como zoológicos u otros. Lo relevante, me parece, tendría que ser la situación de desamparo a la que se somete al animal que, por su aplicación a un determinado rol, bajo el dominio humano, no puede valerse por sí mismo una vez abandonado y sacado de la esfera de cuidado.

Se trata, por cierto, de un delito especial, por cuanto sólo podrá ser sujeto activo quien ostentase la titularidad de la tenencia del animal, o se encontrase circunstancialmente encargado de su custodia.

#### **2.2.4. El delito de organización de peleas entre animales (art. 11 inc. 3º, Ley 21.020)**

Igualmente, el legislador de 2017 consagró la sanción penal de la organización de peleas entre animales, de la forma que sigue

---

<sup>739</sup> Art. 12, inc. 1º, Ley 21.020.

<sup>740</sup> *Vid supra*.

*“Asimismo, se prohíbe toda pelea de animales a los que se refiere esta ley, organizada como espectáculo. Quienes las organicen serán castigados con las penas establecidas en el artículo 291 bis del Código Penal. Quienes las promuevan o difundan serán castigados con multa de dos a veinte unidades tributarias mensuales”<sup>741</sup>.*

Con todo, si bien de forma previa a la entrada en vigencia de esta ley, las peleas organizadas eran ya perseguidas penalmente por la concurrencia en concurso de varios tipos penales (p. ej., el delito de maltrato animal con el de asociación ilícita, art. 292 y ss. del CPCh), merced de la nueva tipificación, se constituye como delito independiente.

Sin embargo, y a pesar de tratarse de una consagración positiva auspiciosa, la redacción del nuevo tipo parece, al menos, problemática. En efecto, resulta preocupante el requerimiento típico de que se trate de peleas organizadas “como espectáculo”, algo que recuerda los no pocos inconvenientes vistos *supra* respecto al tipo penal residual del art. 337.4 del CPE, toda vez de que incorpora elementos normativos de difícil acotación, sin dar claves respecto de qué habría de entenderse por tal: ¿habitualidad? ¿ánimo de lucro? ¿publicidad? ¿apuestas? ¿asistentes? ¿un tipo de establecimiento determinado? Ciertamente, deviene una cuestión difícil de determinar<sup>742</sup>. Por otra parte, la sanción de las peleas se acota en exclusiva a los animales cuya tenencia regula la Ley 21.020, por lo que habrá de entenderse referida a, principalmente, las peleas de perros, pudiendo hacerse extensiva a la organización de peleas de gallos u otros animales, en la medida en que sean considerados como de compañía<sup>743</sup>.

Ciertamente se trata de un delito común, y se sanciona al “organizador” de conformidad con las penas establecidas en el 291 bis, mientras que a quienes las “promuevan” o “difundan”, sólo con una pena de multa.

---

<sup>741</sup> Art. 11, inc. 3°, Ley 21.020.

<sup>742</sup> Una crítica a esta redacción, ya expuesta en LEIVA ILABACA (2018b).

<sup>743</sup> La Ley 21.020 define, en su art. 2, N° 1) Mascotas o animales de compañía: aquellos animales domésticos, cualquiera sea su especie, que sean mantenidos por las personas para fines de compañía o seguridad. Se excluyen aquellos animales cuya tenencia se encuentre regulada por leyes especiales.



### **2.2.5. Aspectos generales: el objeto material; los resultados; el tipo subjetivo; la antijuricidad; la penalidad, y las posibilidades concursales**

En cuanto al objeto material, la tipificación chilena, a diferencia del caso español, es quizás una de la más amplias de las vigentes en el orbe a la fecha. En efecto, el objeto material es aquí el “animal”, en términos amplios y sin distinción categorial.

Por animal, como indica Guzmán Dalbora, habrá de entenderse

“todo organismo viviente dotado de sensibilidad, impulso y movimiento espontáneo, sin que interese su carácter doméstico, domesticado o salvaje, nativo o exótico, que esté o no en peligro de extinción, sea útil o nocivo, tenga propietario o sea una *res nullius*, y esté o no sometido a los derechos de caza y pesca”<sup>744</sup>.

Así las cosas, a falta de límite expreso en la normal penal, habrá de entenderse como tal el que viene dado por la necesidad de que se trate de animales capaces de experimentar sufrimiento, que es, justamente, aquello que el tipo demanda como resultado, según se verá. De esta forma, habrán de entenderse protegidos penalmente todos los animales vertebrados – en tanto que dotados de un sistema nervioso central, indispensable para la experimentación de dolor y sufrimiento – y toda otra especie de cuya capacidad de experimentar sufrimiento haya dado buen cuenta la ciencia, como sería el caso de, p. ej., algunos cefalópodos<sup>745</sup>.

En cuanto a los resultados típicamente relevantes, de la lectura del precepto reformado en 2017, es posible advertir una clara tipificación de estructura resultativa. En efecto, es este uno de los principales cambios operados por la tipificación penal del maltrato animal a partir de la última modificación: mientras la anterior sancionaba, sin más, a quien “cometiere actos de maltrato o crueldad” sin exigencia alguna de resultado y entendiéndose, por tanto, como un delito de mera actividad<sup>746</sup>, la actual, merced del nuevo art. 291 ter que advierte que por “acto de maltrato o crueldad” ha de entenderse todo aquel que “causare daño, dolor o sufrimiento” al animal, el precepto pasa a tener una estructura indudablemente resultativa<sup>747</sup>.

Si bien, esta nueva comprensión resulta no poco problemática, ya que el inciso primero

---

744 GUZMÁN DALBORA (2007), p. 239, cursivas en original

745 Así también en MELLA PÉREZ (2018), p. 157.

746 Distinta era la opinión de Guzmán Dalbora, quien veía en la redacción inicial del 291 bis un delito de resultado, en GUZMÁN DALBORA (2007), p. 232.

747 Así también MAÑALICH RAFFO (2018) y MELLA PÉREZ (2018).

del 291 bis, que contienen la penalidad más básica del tipo, mantuvo su redacción sin demanda expresa de resultado, mientras que el inciso segundo, que pretende establecer una especie de cualificación por el resultado, sanciona con mayor fuerza dichos actos si producen “daño” al animal. El problema, tal parece, viene dado por cuanto la explicación que aporta el nuevo 291 ter, en tanto a que la comisión de maltrato o crueldad debe, necesariamente, causar “daño, dolor o sufrimiento”, incorpora inexorablemente y en todo caso un efecto resultativo en el tipo básico. Naturalmente, surgen de ello las siguientes preguntas: el contenido normativo del 291 ter ¿logra dar una estructura resultativa al inciso primero del art. 291 bis? ¿sería esto así, a pesar de que éste no lo requiera de manera explícita, a diferencia de los incisos 2º y 3º, cuyo mayor reproche y gradación penológica justifica, precisamente, su existencia? ¿cuál sería el sentido del mayor reproche del inciso segundo, si el inciso primero demandaría exactamente el mismo resultado, por obra del art. 291 ter?<sup>748</sup>. Este es, ciertamente, un asunto resuelto de manera lamentable por el legislador quien, aparentemente, habría tenido la intención de reprochar penalmente la mera actividad en el inciso primero, para incorporar luego dos hipótesis calificadas por el resultado en los incisos siguientes<sup>749</sup> – como en el art. 337 español –, pero ello se vio claramente frustrado a la luz de la letra del 291 ter.

Una manera de dotar de sentido a tal despropósito sería la de mantener la consideración del 291 bis inc. 1º como un reproche penal a la mera actividad (p. ej., en supuestos de flagrancia o de comisión por omisión); para considerar luego la causación de daño, en particular, como subsumido en la hipótesis cualificada del inc. 2º. Con todo, resta la dificultad inherente de la prueba del sufrimiento del animal, tarea nada fácil e ineludible a efectos de determinar la concurrencia del tipo<sup>750</sup>.

En cuanto al elemento subjetivo, resulta claro que las diversas modalidades demandan la concurrencia de dolo directo admitiendo, con todo, el dolo eventual tanto para la acción como para la omisión<sup>751</sup>.

---

748 En este sentido, en LEIVA ILABACA (2018).

749 De ello dan cuenta las actas de la tramitación legislativa, particularmente, en la primera indicación presentada a discusión en la Comisión Mixta, disponible en la historia de la ley 21.020.

750 Sobre los problemas que representa la prueba judicial del sufrimiento animal, en mayor profundidad en LEIVA ILABACA, Carolina (2018c) “Dificultades probatorias en la persecución penal del delito de maltrato animal: una reflexión acerca de la prueba del sufrimiento como resultado típico”, en *Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador*, volume 13, número 03, Set-Dez 2018, pp. 07-23.

751 En este sentido, también MELLA PÉREZ (2018).

Respecto de la antijuridicidad, resulta también llamativo que, durante todos sus años de vigencia y hasta 2017, la tipificación chilena, a diferencia del caso español, no incorporaba la voz “injustificadamente”, lo que habría cambiado sólo con la incorporación del nuevo art. 291 ter<sup>752</sup>. De esta forma, además de la posibilidad de concurrencia de las causales generales de justificación contempladas en el ordenamiento penal (legítima defensa para el caso en que el animal sea utilizado como arma; estado de necesidad justificante y los actos legales, actos facultados y actos debidos), habrá que entender aquí previstas unas causales especiales, propias del tipo<sup>753</sup>. Sobre ello, volveré más adelante.

Respecto de la penalidad, cabe relevar que, si bien no se aprecia un aumento real de la cuantía penológica en la modificación de 2017, sí se incorporó una especie de “regla de cuantificación de la pena” o de “exasperación de la pena” en los ahora incisos 2º y 3º del artículo 291 bis, los que, manteniéndose al interior de un mismo marco penológico, el establecido en la redacción anterior, ordena al juez la imposición de los grados superiores en orden a la causación de determinados resultados.

Junto a lo anterior, cabe destacar que la regulación de 2017 añadió la nueva pena accesoria de “inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de animales”, en un sentido similar al contenido en la penalización española. Con todo, resulta también problemático que, a diferencia de aquella, la chilena no contempla la inhabilitación para el trabajo con animales, ni tampoco la posibilidad de graduar su imposición, ya que la pena especial accesoria se impone como “absoluta” y “perpetua”. Asimismo, dicha previsión plantea también problemas por no encontrarse incluida en el art. 59 del CPCh, que establece las diversas penas graduables que contempla el ordenamiento penal chileno.

Finalmente, en materia concursal, la reforma de 2017 supuso una importante modificación. En efecto, como correctamente indicaba Guzmán Dalbora en referencia a la regulación anterior, “el maltrato contemporáneamente irrogado a varios animales no da lugar a un concurso de delitos, y mucho menos a un delito continuado”, y ello por dos razones: en primer lugar, por cuanto la salud y el bienestar de los animales recibían en el tipo penal de la época una protección penal indirecta, siendo lo directamente protegido el

---

752 Así lo releva también WILENMANN, Javier (2018) “Causación lícita de lesiones o de la muerte de animales en el sistema jurídico chileno tras la Ley N° 21.020”, en CHIBLE, María José y GALLEGGO, Javier (Eds.) *Derecho Animal. Teoría y práctica*, Ed. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018, pp. 427-452.

753 Ampliamente, en MELLA PÉREZ (2018).

interés de la comunidad, y en segundo lugar, en tanto la utilización del término “animales”, en términos plurales, habría provocado que, no importando cuántos animales se vieran efectivamente afectados, concurriría un sólo delito<sup>754</sup>.

En cambio, la nueva redacción, en el mismo sentido de lo arriba revisado respecto a la legislación española, utiliza en todo el nuevo articulado el término “animal”, en singular, por lo que la posibilidad rechazada pretéritamente por Guzmán Dalbora reaparece con fuerza<sup>755</sup>: ahora, el delito que afecte a más de un animal, habrá de entenderse cometido tantas veces como animales afectados hubiere, compeliendo así al juez a resolver la determinación de la pena mediante un cálculo penológico concursal<sup>756</sup>, reconociendo así tantas instancias de realización del tipo como animales involucrados<sup>757</sup>.

Asimismo, resulta perfectamente posible la concurrencia de alguna hipótesis de concurso ideal o formal (art. 75 CPCh) con, p.ej., los delitos de daños (arts. 484 a 488); los contemplados en la Ley 19.473 de 1996<sup>758</sup>, sobre caza (por cuanto el 291 bis se aplica, como se vio, también a animales silvestres), el delito de abigeato<sup>759</sup> (art. 488 bis y ss. CPCh); el de propagación indebida de agentes contaminantes<sup>760</sup> (art. 291); el de abuso sexual propio o directo (art 356 bis – que menciona de forma expresa la utilización de animales como forma de comisión –), entre otros. Finalmente, será posible también la

---

754 *Ibid.*, p. 252.

755 En MAÑALICH RAFFO (2018). En un sentido similar, MELLA PÉREZ (2018).

756 Lo que podría ser resuelto de conformidad a lo establecido por el art. 351 del CPP 2000, hipótesis de “exasperación de la pena” que, según Oliver Calderón, ha de entenderse como la “regla de determinación de penas de los concursos de delitos propia del sistema de acumulación jurídica, que conduce a la imposición de una sanción más severa que la correspondiente al delito más grave, pero inferior a la suma de las penas de todos los cometidos”. En OLIVER CALDERÓN, Guillermo, “La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie”, en *Revista de Derecho*, vol. XXVI, N° 2 (2013). pp. 167 y ss.

757 Mañalich Raffo se permite considerar este viraje como uno que daría cuenta de la existencia, en este delito, de un bien jurídico análogo a uno personalísimo, en cuanto impacta de manera directa en la individuación y cuantificación de las instancias de realización del tipo, a razón de cuántos sean animales maltratados, imponiendo reconocer tantas instancias de realización del tipo como animales afectados, individualmente considerados, de la misma forma que en los casos de pluralidad de personas afectadas cuando el tipo realizado afecta a un bien jurídico personalísimo, en MAÑALICH RAFFO (2018).

758 Recurso disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30840>.

759 El abigeato, como indica Navarro, es ‘la figura que consiste en la sustracción de ciertos tipos de animales – aquellos “que no se toman del cuello para transportarlos” – y que se aplican a actividades agrícolas o que se relacionan directamente con la cultura campesina’. En extenso sobre la tipificación chilena del abigeato, véase NAVARRO, Roberto (2017) “Reformas al delito de abigeato: análisis de su legitimidad garantista y su eficacia”, en *Política criminal*, Vol. 12, No 24 (diciembre 2017), Art. 6, pp. 865-907.

760 En extenso, en MATUS, Jean Pierre (2013) “Sobre el sentido y alcance del artículo 291 del Código Penal”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XXVI - N° 2 – diciembre 2013, pp. 137-166

conurrencia de alguna hipótesis de concurso real o material (art. 74 CPCh), cuando varios hechos constituyan delitos diferenciables y punibles independientemente<sup>761</sup>.

Así entonces, habiendo revisado el grueso de las tipificaciones penales española y chilena corresponde, a continuación, analizar una cuestión común a ambas y que resulta clave a la hora de la correcta interpretación de los diversos tipos, además de ser fundamental para la determinación del bien jurídico protegido, como se verá más adelante. Me refiero a la causal general de justificación, presente en ambas legislaciones mediante la inclusión del término “injustificadamente”.

### **3. La causal general de justificación**

Como se ha adelantado, en las tipificaciones penales del maltrato animal, tanto de España como de Chile, se contempla una suerte de “causal de justificación especial”, plasmada en el término “injustificadamente”. Para el caso español, se consagra a través de la frase *“el que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o sometiéndole a explotación sexual”*, contenida en el artículo 337 N° 1; mientras que para el caso chileno, la causal se plasma en el artículo 291 ter, que establece que *“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”*.

De esta forma, ambas tipificaciones consagran de manera expresa la posibilidad de excluir la ilicitud de determinados actos que, si bien son subsumibles en las conductas típicas allí descritas, quedan exentas de reproche penal. Estimo, con todo, que dicha justificación no habría de comprenderse extendida a los delitos de abandono de animales consagrados en ambos ordenamientos, como tampoco al subtipo atenuado del 337.4 del CPE, ni al de organización de peleas de animales del art. 11 de la Ley 21.120 chilena, por cuanto no contemplan expresamente la posibilidad de justificación de la conducta, a lo que se suma que resultaría bastante problemática la justificación de conductas como el abandono, o la “crueldad” exigida en el 337.4 del CPE – que denotaría, según lo visto, ora un ánimo

---

761 En POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, Cecilia (2004) *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 2ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago (2004); GARRIDO MONTT, Mario (2003) *Derecho Penal*, Tomo II, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, pp. 344 y ss.

especial de causar dolor y sufrimiento, ora una especie de “lujo de males” a la hora de realizar la conducta –.

De esta forma, tal parece que el gran desafío a este respecto dice relación con la tarea de determinar cómo ha de llenarse de contenido la causal o, dicho de otro modo, bajo qué condiciones habrá de considerarse justificada una determinada causación de dolor y sufrimiento a un animal penalmente protegido.

Para Muñoz Conde, p. ej., “[...] la expresión «injustificadamente» intenta delimitar el ámbito de la tipicidad, excluyendo de la misma los actos de evidente maltrato, pero que pueden estar justificados por el fin con el que se practican”<sup>762</sup>. En el mismo sentido, Hava García entiende la inclusión de este término como la formula mundialmente aceptada para excluir de sanción penal conductas que, si bien implican la producción de sufrimiento y podrían, por tanto, considerarse como maltrato animal, resultan justificadas a la luz del beneficio que reportan, a lo que se sumaría el hecho de que su realización se encuentra amparada en la normativa administrativa, como es el caso de, entre otras, la utilización de animales para experimentación científica, su uso en ciertos espectáculos y tradiciones, su cría, transporte y sacrificio para el consumo, los sacrificios rituales, etc.<sup>763</sup>. Para la autora, en definitiva, se trata de marginar del reproche penal todos aquellos supuestos que, si bien implican un maltrato y una provocación de sufrimiento, son aceptados en la medida en que se desarrollen bajo el cumplimiento de determinadas normas, principalmente, las administrativas. De esta forma, serán las muy diversas normas administrativas las que justifican, autorizan y regulan el maltrato que proviene de actividades que sirven a intereses estimados por la sociedad como de un valor superior al que representa el bienestar animal<sup>764</sup>.

En un sentido afín, Cervelló Donderis agrega, a efectos de comprender el alcance de la causal de justificación, la noción de “adecuación social” de la conducta<sup>765</sup>, consistente en el juicio que habría de realizarse a efectos de delimitar, concretamente, la tipicidad de la conducta. Las conductas socialmente adecuadas serán, indica la autora, todas aquellas

---

762 MUÑOZ CONDE (2017), p. 530. Cuestión distinta, pero relacionada, es la presencia de los malos tratos también en el derecho administrativo sancionador, en COLÁS TURÉGANO (2021). Abogando por una supresión del término, RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio y FUENTES LOUREIRO, María Ángeles (2021) “El maltrato ¿justificado? de animales”, en *De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador*, CUERDA ARNAU, María Luis (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia (2021), pp. 395-416.

763 HAVA GARCÍA (2009), pp. 135 y ss.

764 *Ibid*, como también en HAVA GARCÍA (2011), pp. 266 y ss.

765 En el mismo sentido, CORCOY BIDASOLO (2015).

aceptadas por la sociedad, constituidas por los usos sociales habituales que se realizan de los animales<sup>766</sup>.

En la misma línea, aunque en referencia a los sistemas jurídicos del *common law* y en el marco del principio del daño, Chiesa sostiene que la existencia de justificaciones que permiten infringir una norma que impone la no realización de determinada conducta, no implica que dicha justificación cancele las razones para no realizar dicha conducta. Lo que ocurre en realidad, indica, específicamente para el caso de las leyes que sancionan el maltrato animal, es que las justificaciones generales incorporadas en los tipos penales persiguen asegurar a los humanos la posibilidad de continuar con el uso – o más bien la explotación, señala – de los animales para diversos fines – lo que se vincula con las dimensiones inculpatoria y exculpatoria de las ofensas penales, que exculpan determinadas conductas no por no considerarlas una ofensa, sino porque la motivación que subyace se encuentra jurídicamente justificada en base a consideraciones de contrapeso, como sería el caso de causar daño a un animal por razones científicas o agrícolas –<sup>767</sup>. En definitiva, como claramente indica Wilenmann, “el derecho distingue así entre acciones de causación de muerte o de sufrimiento de animales que son lícitas (y que en general coinciden con prácticas aceptadas socialmente) y otras acciones del mismo tipo que califica como ilícitas y a cuyo respecto manda a aplicar otras sanciones”<sup>768</sup>.

Desde una perspectiva crítica, Baucells cuestiona la incorporación de esta causa de justificación por considerarla superflua, en tanto estima que la justificación del uso de un animal, con causación de sufrimiento, se encontraría ya amparada por la causal general del ejercicio legítimo de un derecho, como sería el caso del uso de animales para investigación y experimentación, para alimentación y obtención de otros materiales y productos, el uso en festejos, tradiciones y espectáculos, entre otros<sup>769</sup>. En sentido contrario, Brage Cendán estima que se trata de una alusión a conductas que escapan al ejercicio legítimo de un derecho y que se encarnan, más bien, en situaciones en las que se causa sufrimiento al animal por su propia “condición de animal”, lo que podría entenderse como aquellos casos de uso de los animales que no se encuentren

---

766 CERVELLÓ DONDERIS (2016), p. 41.

767 CHIESA (2008), pp. 56 y ss.

768 WILENMANN (2018), p. 428.

769 BAUCELLS LLADÓS (2004), p. 1.473.

especialmente regulados como un derecho de utilización, pero que se encuentran socialmente justificadas<sup>770</sup>.

También críticamente, aunque en un sentido diverso, Mañalich sostiene que la incorporación de esta causa de justificación daría cuenta de un ineludible compromiso con el “paradigma del bienestarismo”, al que caracteriza como uno que “sustentado en premisas éticas tomadas del utilitarismo, se distingue por no problematizar el sometimiento de los animales no humanos a relaciones de explotación que perpetúan su condición de recursos existentes para la satisfacción de los intereses de los animales humanos”<sup>771</sup>, algo que advierte como irreconciliable con una ética de los derechos. Con todo, si bien parece correcto sostener que, efectivamente, las diversas justificaciones de uso de animales amparadas por nuestras prácticas sociales no serían compatibles con la adscripción de derechos subjetivos fundamentales<sup>772</sup>, tales como la vida y la libertad, parece inconveniente acusar a la legislación penal de bienestarista, por cuanto se trata de una herramienta jurídica de *última ratio*, fuertemente limitada por principios tales como los de subsidiariedad y fragmentariedad. Además, pretender una cosa distinta implicaría desconocer que, en nuestras sociedades actuales, no se avizora un pronto, ni siquiera mediano, término del uso de animales para los muy diversos fines para los que hoy son destinados, tarea en la que, me parece, el Derecho penal poco o nada puede avanzar.

Con todo, permanece plenamente relevante la cuestión acerca de la determinación respecto a cuándo habrá de entenderse que concurre, concretamente, la justificación del maltrato. Sin duda, se trata de un asunto a todas luces complejo, en tanto se ubica en el meollo de las disputas morales e ideológicas en materia de protección de la integridad, bienestar o, incluso para los más avezados, de los derechos de los animales, *vis a vis* su uso. La única certeza, empero, parece venir dada por el hecho de que el contenido de la justificación debe ser determinado caso a caso, de conformidad con las normas de cultura de cada sociedad, en cada momento y lugar. Además, como indica Hava García, en muchos casos será necesario recurrir al auxilio de las normas propias del Derecho administrativo, en donde se contemplan y regulan las muy diversas posibilidades de infligir daño, dolor o sufrimiento a los animales, tanto en procedimientos quirúrgicos como de investigación científica, así como también en el marco de los usos tradicionales

---

770 BRAGE CENDÁN (2017).

771 MAÑALICH RAFFO (2018), p. 335.

772 En el sentido así entendido por STUCKI (2021), *op. cit.*



o industriales<sup>773</sup>. Se trata, ciertamente, de una cuestión en constante evolución: como lúcidamente indica Guzmán Dalbora, “[...] el problema de fondo es siempre el mismo: hasta dónde podemos llegar los seres humanos en nuestro manejo de los animales. La cultura de cada pueblo, según la medida y el modo en que la refleje su ordenamiento jurídico, tiene aquí la última palabra”<sup>774</sup>. En efecto, día a día aumentan las restricciones respecto a qué es correcto hacer con los animales, lo que sumado a los hallazgos científicos en la materia, perfilan nuevas limitaciones a su uso, restringiéndolo cada vez más a lo estrictamente necesario e indispensable<sup>775</sup>. Un ejemplo de ello es la prohibición, incluida en la Ley N° 21.020 chilena y dirigida a instituciones públicas y privadas, del sacrificio animales como medida de control poblacional, cuestión amplia y legítimamente realizada hasta hace menos de una década por parte de diversas instituciones, pero que hoy no resiste el límite moral adoptado por la sociedad sobre la valoración de la vida del animal<sup>776</sup>. Visto desde otra perspectiva, para la sociedad chilena sigue siendo válido dar muerte a ciertos animales para ser comidos, mas no como forma de controlar el exceso de población.

Estimo, empero, que la causal de justificación en caso alguno puede ser entendida como una especie de “carta blanca” para maltratar a los animales en aquellos ámbitos en que se desempeñan actividades justificadas. V.g., sigue siendo perfectamente posible que se incurra en la comisión de los delitos de maltrato animal en planteles productivos y en laboratorios, toda vez que el autor vaya más allá del uso regular y de la causación, prevista y justificada, de dolor y sufrimiento. En todos aquellos casos en que ello así ocurriere, habrá de considerarse reactivada la ilicitud y, por tanto, el reproche penal, entendiéndose así desaparecida la justificación de la acción u omisión (p. ej., una cosa es lo que sucede en el matadero o el laboratorio de conformidad a la normativa vigente y en cumplimiento de las exigencias de bienestar, y otra es que los animales sean golpeados o maltratados al interior de los planteles productivos y centros científicos<sup>777</sup>).

---

773 HAVA GARCÍA (2009).

774 GUZMÁN DALBORA (2007), p. 242.

775 Así también, en REQUEJO CONDE (2010).

776 Art. 7, inc. 2° de la Ley N° 21.020.

777 Como ocurriere en el caso “Vivotecnia”, laboratorio privado de Madrid en el que, en el año 2021, quedaron al descubierto prácticas de evidente maltrato, iniciándose la persecución penal. Al efecto, véase LEIVA ILABACA, Carolina (2021b) ‘La responsabilidad penal de la persona jurídica por el maltrato animal en España. Una propuesta de “Lege ferenda”’, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 2021 Núm. 63 (julio-septiembre), *Análisis doctrinal*.

#### **4. El bien jurídico protegido en las tipificaciones española y chilena vigentes, a la luz de la propuesta de bien jurídico *qua* interés**

Como se vio en el capítulo primero, en concordancia también con el tercero, la cuestión de la identificación de cuál es el bien jurídico protegido en los diversos tipos penales de maltrato del orbe resulta una nada pacífica y de la que, por cierto, no escapan los ordenamientos materia de estudio de esta investigación.

Así, para el caso español, no son pocas las alternativas que la doctrina ha barajado como posibles bienes jurídicos protegidos, a lo que se suman las mutaciones producto, también, de las numerosas reformas que ha experimentado el reproche penal. Por ejemplo, el recurso a la protección de la sensibilidad de las personas y las buenas costumbres, desde una perspectiva civilizatoria, hacía perfecto sentido a la luz de la primera tipificación del maltrato animal contenida en la falta del CPE de 1928, que sancionaba a “*los que públicamente*” realizaren las conductas allí descritas. Con todo, la eliminación de dicha alocución a partir de la sanción incorporada en el CPE de 1995 habría permitido sostener que, no siendo más la publicidad del acto una demanda del tipo, el mismo no pretendería ya proteger los sentimientos de quienes pudieren presenciar el acto, como tampoco las buenas costumbres.

Asimismo, la inclusión en el año 2003 del primer delito de maltrato animal al interior del Capítulo IV, Título XVI del CPE, sobre los “delitos relativos a la protección de la flora y la fauna”, habría motivado una comprensión del bien jurídico como uno situado en la protección del medio ambiente, comprensión que se habría visto en no poco modificada merced la reforma de 2015, que cambió el título primitivo por el de “delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos”, haciendo perder fuerza a dicha tesis y provocando el surgimiento de otras, unas que ubican al bien jurídico ya sea como una protección del bienestar de los animales en tanto interés de la sociedad, como en Hava García<sup>778</sup>, o como una protección de intereses de los animales mismos, como en Ríos Corbacho<sup>779</sup>.

---

778 HAVA GARCÍA (2011) y (2021).

779 RÍOS CORBACHO (2016), como también en CERVELLÓ DONDERIS (2016); MENÉNDEZ DEL LLANO (2017), y REQUEJO CONDE (2015), BRAGE CENDÁN (2017).

Similar situación, aunque ciertamente con matices, ocurre en el caso chileno. Si bien aquí nunca se habría requerido el elemento típico de publicidad, como en España, ni siquiera en la primera redacción típica de la falta del CPCh de 1874, la comprensión de dicha demanda en el Derecho comparado habría llevado a la doctrina chilena a estimar que la *ratio* de la penalización se encontraría, igualmente, en la protección de los sentimientos y las buenas costumbres<sup>780</sup>. Refrendando aquello, p.ej., el Consejo de Defensa del Estado, en sus memorias del año 1992, habría identificado el bien jurídico protegido en el art. 291 bis como uno con afanes tanto civilizatorios como de protección de los sentimientos, declarando que

"La finalidad última [del 291 bis] es reprimir la extroversión de la perversión moral del agente criminal que satisface su insano, morboso y malsano sentimiento de poder y supremacía sobre otro organismo vivo, cuya constitución psicológica y neurológica, de alguna manera similar a la propia del hombre, es dañada y lesionada en forma absurda, inmoral, sin sentido, irracional, lo que repugna a los más elementales principios de piedad y misericordia insertos en la cultura cristiana de nuestra comunidad occidental. Por ese motivo, se considera como objeto de la protección jurídico penal, el resguardo de tales valores espirituales, únicos elementos, tal vez, tan propios de la naturaleza humana que son los distintivos de la especie"<sup>781</sup>.

A pesar de ello, según se advirtió *supra*, el mismo legislador de 1989 habría plasmado su espíritu en la historia de la ley señalando que, además de una preocupación declarada por las buenas costumbres y los sentimientos, en su motivación se encontraría también un afán por desplazar la protección hacia la "criatura"<sup>782</sup>, lo que se habría visto reforzado a partir de la nueva tipificación de 2017, redacción que habría hecho surgir voces que, incluso, ven allí la protección de bienes jurídicos personalísimos de titularidad del animal<sup>783</sup>.

Con todo, más allá de las diversas posturas históricas y actuales, lo que corresponde a estas alturas es identificar, en ambas tipificaciones vigentes, cuáles serían – de haberlos – el o los bienes jurídicos protegidos a la luz de la propuesta aquí favorecida: es decir, que cumple(n) con los dos requisitos copulativos de a) ser identificado bajo una

---

780 Así recogido en GUZMÁN DALBORA (2007), de lo que da cuenta también la historia de la ley 18.859 de fecha 2 de noviembre de 1989 (*vid supra*).

781 Memorias del CDE 1992, p. 534.

782 *Vid supra*.

783 Así, principalmente por la actual redacción que habla del "animal", en términos singulares, como se vio, en MAÑALICH RAFFO (2018).

comprensión del bien jurídico *qua* interés penalmente relevante y jurídicamente protegido, y b) ser de titularidad de los animales, individualmente considerados, en base a la certeza de su capacidad de poseer tal tipo de intereses, todo ello de conformidad a los capítulos segundo, tercero y cuarto *supra*.

De esta forma, a continuación se ofrece una exploración para identificar cuáles, de entre los bienes jurídicos propuestos por la doctrina, aparecen como descartables a la luz de la tesis aquí defendida, como así también y a continuación, cuál o cuáles sí cumplirían con dichos requerimientos, todo ello persiguiendo no sólo una suficiencia teórica, sino que también la legitimidad de los mismos a la luz de los principios limitadores del Derecho penal.

#### **4.1. Los bienes jurídicos improbables, a la luz de la propuesta de bien jurídico *qua* interés**

Así entonces, a partir de las bases aquí provistas, deviene posible descartar algunos de los bienes jurídicos que la doctrina ha estimado concurrentes en los delitos de maltrato animal de España y Chile, por cuanto no cumplirían con los requisitos identificados *supra* como copulativos para ser considerados tales, es decir, por no corresponderse con una comprensión del bien jurídico *qua* interés de relevancia jurídico-penal y/o no ser de titularidad de los animales individualmente considerados, en tanto poseedores de dicho interés.

De esta forma, resulta posible descartar, en primer lugar, los bienes jurídicos identificados con el “medio ambiente” o el “equilibrio ecosistémico”. Como indica Hava García para el caso español, pero que buenamente aplica también para el chileno, “los delitos contra el medio ambiente tratan de salvaguardar el equilibrio de los ecosistemas naturales, mientras que el 337 pretende evitar que los animales, individualmente considerados, sufran innecesariamente a consecuencia de conductas humanas”<sup>784</sup>. De esta forma, resulta claro que, si bien el medio ambiente puede constituir – como de hecho lo hace en los delitos medio ambientales – un interés de relevancia jurídico penal, protegido en beneficio de la sociedad toda que se constituye, por tanto, en víctima para los casos en que se viere afectado, no amalgama bien para el caso de los delitos de maltrato animal aquí estudiados, que sancionan la causación de sufrimiento a los animales capaces de experimentarlo,

---

784 HAVA GARCÍA (2009), p. 114 y HAVA GARCÍA (2021), pp. 200 y ss.

individualmente considerados e independientemente de que con la comisión del hecho punible se afecte, o no, el medio ambiente. Es más, tal es el nivel de incompatibilidad que, en no pocos casos, la protección del equilibrio ecosistémico podría, incluso, sugerir el sacrificio de animales de compañía<sup>785</sup>.

En segundo lugar, resulta también descartable el bien jurídico “*propiedad*” por cuanto, como se ha visto tanto en el presente capítulo como en el primero, a) las conductas típicas descritas son sancionadas prescindiendo absolutamente, e incluso en contra, de la voluntad del propietario del animal; b) el *quantum* de la pena, en ambas tipificaciones, no se determina en base al valor del animal, sino respecto a la entidad del sufrimiento causado<sup>786</sup>, y c) resulta indiferente, en ambos tipos, si el animal pertenece en propiedad a alguien o no, siendo su sola existencia y su capacidad de experimentar dolor y sufrimiento – además de la exigencia de pertenecer a determinadas categorías, para el caso español – suficiente para la concurrencia del injusto.

En tercer lugar, tampoco sería posible estimar que el bien jurídico se vincula con la protección de los “*sentimientos*” de las personas o de las “*buenas costumbres*”, con afanes de tipo educativo o civilizatorio, por cuanto a) la protección jurídico-penal de dichos intereses no conversa bien con los principios limitadores del *ius puniendi* estatal y la demanda de protección exclusiva de bienes jurídicos<sup>787</sup>, según se ha visto; b) resulta difícil de sostenerse desde la eliminación del antiguo requisito de la publicidad en la comisión de la ofensa, y c) poco o nada se vincula con los intereses de los animales individualmente considerados, de forma que la letra de las diversas tipificaciones, particularmente en aquello relativo a la gradación del reproche según la entidad del daño infligido al animal, perdería todo sentido.

En cuarto lugar, a la luz de lo aquí sostenido parece poco probable que el bien jurídico sea el “*bienestar*”, la “*salud*” o la “*integridad animal*” en tanto “*interés de la sociedad toda*”<sup>788</sup>, principalmente por cuanto dicha comprensión pugna con la tesis aquí defendida respecto a que es posible considerar a los animales como los titulares del interés jurídico-

---

785 *Ibid*; también en REQUEJO CONDE (2010), p. 31, y de forma clara en MORELLE HUNGRÍA (2021), op cit, respecto a las cabras “invasoras” de Es Vedrà (Eivissa).

786 Así también, HAVA GARCÍA (2009), pp. 118 y ss.

787 *Ibid*; p. 121; como también en JAURRIETA ORTEGA (2019); REQUEJO CONDE (2010), p. 33; HORNLE (2003) y VON HIRSCH (2003).

788 Así defendido por HAVA GARCÍA (2011) y (2021).

penalmente protegido, con total independencia del interés particular que la sociedad ostentare, también, sobre el asunto.

En quinto lugar, deviene también posible descartar algunos bienes jurídicos de tendencia identificable como “*sensocéntrica*”, es decir, que de alguna manera se vinculan con una protección del animal en cuanto capaz de experimentar dolor y sufrimiento y ser, por tanto, poseedores de intereses jurídico-penalmente relevantes. Así, por ejemplo, estimo que los bienes jurídicos “*vida*” o “*libertad*” de los animales<sup>789</sup>, a pesar de que existan claras razones para considerarlos como intereses relevantes de los animales, no parecen corresponderse con intereses que el actual Derecho penal pueda permitirse proteger, por cuanto ello pugnaría, de manera irreconciliable, como se ha avanzado, con prácticas sociales fuertemente arraigadas, como es el caso del consumo de animales como alimento y para la fabricación de otros productos de origen animal; la experimentación con animales, e incluso otras de más dudosa justificación, como la caza<sup>790</sup>. Además, la consideración de que lo penalmente protegido serían algunos “derechos” de los animales<sup>791</sup>, tampoco parece correcta a la luz de una comprensión del bien jurídico *qua* interés jurídico-penalmente protegido, y no *qua* derechos subjetivos, por cuanto ello derivaría en un poco recomendable retorno a la concepción de la *ratio* de criminalización de Feuerbach, ya descartada en el capítulo tercero.

Finalmente, la misma situación podría predicarse de la “dignidad animal” como bien jurídico, defendida por algunos autores<sup>792</sup>, por cuanto, me parece, se trata de una noción fuertemente arraigada en esquemas antropocéntricos, que poco o nada tiene que ver con los intereses de los animales<sup>793</sup>. Lo mismo, estimo, podría predicarse sobre la “*indemnidad sexual*”: se trata de conceptos que sólo hacen sentido en el ámbito humano, siendo los intereses de los animales unos, tal como se vio en los capítulos segundo, tercero y cuarto, si bien importantes, indudablemente más básicos y rudimentarios, desprovistos de nuestra carga moral.

---

789 P. ej., así propuesto MAÑALICH RAFFO (2020) *op cit.*

790 Así también lo entiende HAVA GARCÍA (2011), p. 291.

791 Como en Brage Cendán, quien indica que a partir de la modificación de 2003 lo protegido en la penalización española serían los derechos de ciertos animales a no sufrir maltrato innecesario e injustificado. En BRAGE CENDÁN (2027), pp. 147 y ss.

792 De lo que se da cuenta en MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2022b) “El injusto del maltrato de animal”, en *Revista Chilena de Derecho Animal*, vol 3, pp. 23-36, 2022; p. 32.

793 Lo que sostengo en LEIVA ILABACA (2021a) *op. cit.*

## 4.2. Los bienes jurídicos probables, a la luz de la propuesta de bien jurídico *qua* interés

Habiéndose descartado *supra* una serie de bienes jurídicos, por aparecer éstos improbables a la luz de la tesis aquí ofrecida, corresponde a continuación determinar cuál o cuáles sí sería posible identificar como posibles en los ordenamientos jurídico-penales chileno y español.

Pues bien, habiéndose establecido como ineludible tanto que el bien jurídico se corresponda con un interés de relevancia penal; como que se encuentre ya jurídicamente protegido, y que concierna un interés del animal mismo – individualmente considerado –, me permito sugerir que el bien jurídico protegido en los tipos penales en comento no sería otro que el “bienestar *del* animal”, entendido como “su integridad individual, en sus dimensiones física y psíquica”<sup>794</sup>, y ello de *lege lata*, es decir, así identificable en los tipos penales actualmente vigentes.

Ahora bien, ¿por qué un bienestar “del animal” y no “animal” a secas? Me permito introducir esta distinción a efectos de diferenciar la presente propuesta de aquellas otras que, como en Hava García, ubican al “bienestar animal” como un interés de titularidad de la sociedad toda. Ciertamente, ello resultaría correcto bajo una comprensión del mismo en tanto “objetivo”, de la forma en que lo plantea, p. ej., el art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>795</sup>, o la Organización Mundial de la Salud Animal<sup>796</sup>, pero que muy poco tiene que ver con el interés que cada animal tiene en preservar su propia integridad física y mental, desde la perspectiva de un bien jurídico penal como el aquí favorecido, es decir, de titularidad de quien es capaz de experimentar el daño, o la afectación, causado por la conducta ilícita.

---

794 En un sentido similar, así favorecido también por GAVILÁN RUBIO (2017); CERVELLÓ DONDERIS (2016), p. 41; y, aunque centrado en los derechos subjetivos como bien jurídico, en RÍOS CORBACHO (2016), p. 28, para el caso español; mientras que MELLA PÉREZ (2018) hace lo suyo, para el caso chileno.

795 Art. 13 TFUE. “Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional. Recurso disponible en <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>.

796 La estrategia mundial de bienestar animal propuesta por la Organización Mundial de la Salud Animal, OMSA, en <https://www.woah.org/es/que-hacemos/sanidad-y-bienestar-animal/bienestar-animal/#ui-id-2>

En efecto, el bienestar *del* animal se vincula de manera directa con aquello que fue identificado en el capítulo segundo, acápite 6 de la presente tesis – relativo a qué intereses pueden ser considerados como penalmente relevantes, y qué es aquello que permitiría a una determinada entidad poseerlos –, es decir, la capacidad de sintiencia, en tanto condición necesaria y suficiente para la posesión de intereses. Así, el bienestar en tanto *interés del animal* (en su integridad física y psíquica), se corresponde perfectamente con los intereses propios de toda entidad “sintiente”, es decir, capaz de experimentar dolor y sufrimiento, así como placer y felicidad – y su, consecuente, interés en evitar los primeros y proveerse de los segundos – todo ello de conformidad a lo así comprendido en los capítulos anteriores.

En lo estrictamente penal, se trata de intereses *individuales*, en tanto son de titularidad del animal individualmente considerado; *relevantes*, en tanto se corresponden con intereses que el Derecho ya ha determinado como protegibles; *legítimos*, en tanto su protección no pugna con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; y *teóricamente correctos*, por cuanto calza correctamente con la comprensión ontológica del bien jurídico aquí favorecida, es decir, *qua* interés.

Además, de estas mismas razones emana también la posibilidad cierta de considerar *al* animal como la “víctima” de las conductas tipificadas – en la medida en que se ha favorecido una comprensión de la víctima *qua* titular del bien jurídico protegido –, y ello en plena armonía con la inspiración manifestada por ambos legisladores en diversos momentos de la tramitación legislativa, en conjunto con otras diversas normas vigentes en ambos sistemas<sup>797</sup>. Todo lo anterior, adicionalmente, se ve coronado por la incorporación al texto penal del término “animal” en singular, y no en plural como fuere en las legislaciones previas a las reformas de 2015 y 2017, cambio que, como indica Mañalich, habría supuesto la substitución de “la tipificación de un delito de *maltrato de animales* por un delito de *maltrato de animal*”<sup>798</sup>.

Con todo, nada obsta a que, además del bien jurídico “bienestar del animal” aquí sugerido, concurren como *ratio* de la protección penal, conjuntamente, otros intereses penalmente relevantes, de conformidad a cada precepto. Por ejemplo, en el caso de los delitos de

---

797 V.g., en España la consideración de los animales como “seres vivos dotados de sensibilidad”, merced de la Ley 17/2021 de 15 de diciembre, que modificó el Código Civil, o en Chile la Ley 20.380, que en su artículo 2º identifica a los animales como “seres vivos y sensibles que forman parte de la naturaleza”.

798 MAÑALICH RAFFO (2018) p. 324, cursivas en original.



abandono, buenamente puede estimarse que concurre, además del bienestar del animal, un interés en la protección de la salud y seguridad pública, o incluso del medio ambiente, en tanto la conducta ilícita podría buenamente suponer un peligro para ambos, como foco de peligro y fuente de insalubridad. En el mismo sentido, respecto de la circunstancia calificante del CPE, art. 337.2, letra d), que cualifica el maltrato en caso de producirse este en presencia de un menor, podría considerarse también, como bien jurídico concurrente, el correcto desarrollo del niño – desde una perspectiva civilizatoria –<sup>799</sup>, o los sentimientos de compasión del menor<sup>800</sup>.

## **5. El animal como víctima: impacto de *lege lata* y posibilidades de *lege ferenda***

De lo expuesto a lo largo del presente trabajo, y particularmente de lo presentado en el acápite anterior, resulta posible defender que el animal, individualmente considerado, es quien ostenta el rol de víctima en las tipificaciones consagradas en los arts. 337 y 337 bis del CPE, y 291 bis y ter del CPCh. Todo ello, por cierto, desde una comprensión de la víctima como “titular del bien jurídico”, y del animal como titular del bien jurídico “bienestar del animal”.

Lo anterior, además de corresponderse correctamente con las bases teóricas ofrecidas en la presente tesis, ha encontrado también aceptación en los postulados de diversos autores, provenientes de diversas tradiciones. Así, p.ej., H.L.A. Hart en su momento avanzó que, evidentemente para el *common law* – y por tanto, en el marco del *harm principle* – en materia de maltrato animal, siendo los animales titulares de intereses, y entendido a la víctima como la poseedora de los intereses dañados, devenía perfectamente posible estimar que los animales son las víctimas en dichos tipos penales<sup>801</sup>, similar a lo que en diversos momentos han señalado otros autores, como Feinberg<sup>802</sup>, e incluso Kurki<sup>803</sup>, según se ha visto. En un sentido afín, Brage Cendán ha sostenido que los animales habrían

---

799 MESÍAS RODRÍGUEZ (2018), p. 91.

800 Así en RÍOS CORBACHO (2016), p. 35 y (2021); o como indica Prats, “la mayor sensibilidad del menor fruto de su estadio de desarrollo, en PRATS (2020), p. 13.

801 Así, HART, H.L.A. (1962) *Law, Liberty and Morality. The Harry Camp Lectures at Stanford University (1962)*, Oxford Paperbacks University Press, 1963, p. 34; como también CHIESA (2008).

802 FEINBERG (1984).

803 KURKI (2019).

de ser considerados, a la vez que objetos materiales, como los sujetos pasivos en este tipo de delitos<sup>804</sup>, mientras que Ríos Corbacho ha incluido a los animales en lo que identifica como la “victimología verde”<sup>805</sup>. En grueso, todos estos autores han admitido la posibilidad de que los animales ocupen el rol de víctima en, al menos, en los delitos que sancionan las conductas de malos tratos ejercidos en su contra.

Ahora bien, siendo entonces teórica y jurídicamente posible estimar a los animales no humanos como titulares del bien jurídico “bienestar del animal”, de *lege lata*, deviene necesario analizar cómo dicha comprensión conversa con la normativa actualmente vigente relativa al rol de la víctima, en ambos ordenamientos jurídicos. A dicho objeto, a continuación se ofrece una exploración relativa a cómo el “animal-víctima” impactaría en las regulaciones vigentes en la materia, en uno y otro sistema.

Partiendo por el caso español, corresponde analizar el impacto de esta propuesta en el marco que ofrece, particularmente, la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (LEVD), revisada ampliamente en el capítulo segundo en tanto instrumento que regula, de manera exhaustiva, el tratamiento de las víctimas en el ordenamiento jurídico español.

Ahora bien, el primer asunto que aparece aquí es uno que, si bien ya fue abordado en el capítulo segundo, conviene poner de relieve: la LEVD es una norma concebida, específicamente, para ofrecer respuestas, protección y reparación a las víctimas *humanas* de delitos buscando, entre otras cosas, minimizar los “otros efectos traumáticos en lo moral que su condición pueda generar”<sup>806</sup>. Sin embargo, como se señaló en el capítulo segundo, ello no empece a la consideración del animal como víctima, ya que el objeto de dicha norma no es el de señalar qué o quién puede ser considerado como tal en materia penal<sup>807</sup>, sino el de consagrar un tratamiento de las víctimas humanas con enfoque de derechos fundamentales, además de adaptar a suelo español la normativa europea en la

---

804 BRAGE CENDÁN (2017) p. 63.

805 RÍOS CORBACHO, José Manuel (2021) “La consolidación de la Victimología verde a propósito del abandono y del maltrato animal”, en *De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador*, CUERDA ARNAU, María Luis (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia (2021), pp. 441-439. Con todo, me parece que esta posición se distancia de las anteriores, en cuanto sitúa a los animales fuera de una consideración individual, comprendiéndolos más bien como parte del ecosistema.

806 LEVD, Preámbulo, I.

807 En efecto, nada dice sobre las personas jurídicas, p.ej., que son en efecto posibles víctimas de delitos en el ordenamiento jurídico español.

materia<sup>808</sup>. De esta forma, la LEVD no debe ser interpretada como una limitación a que sólo las personas físicas puedan ser consideradas víctimas en sentido penal, resultando posible, por tanto, aplicar a la norma la tesis aquí propuesta, por cierto, en aquello en lo que razonablemente corresponda.

Con todo, y a pesar de ser jurídico-teóricamente posible considerar a los animales como víctimas de delitos, a la luz de todo lo sostenido en la presente tesis – esto es, titulares de bienes jurídicos protegidos y de los derechos subjetivos que acompañan al rol de víctima, como a la participación y a la protección –, su participación como tales en el proceso penal no resulta una cuestión evidente sino, por el contrario, parece ser un asunto imposible: ¿podría un animal “ejercer” sus derechos en tanto víctima? o, más aún, ¿podría un animal comparecer en juicio? La respuesta es simple: no, no podría. Sin embargo, ello no implica una imposibilidad *tout court* para su consideración como víctima: de la misma forma que tampoco pueden ejercer sus derechos de forma directa, ni comparecer en juicio, los menores de edad; las personas incapaces, ni las personas jurídicas, entre otras entidades que, igualmente, pueden ser parte y comparecer judicialmente a través de una representación conforme a Derecho. He aquí, por tanto, la clave para la participación de los animales en materia penal: la representación.

Ahora bien, a diferencia de los casos ejemplarizados *supra*, la situación de los animales como víctimas no se encuentra prevista, ni mucho menos reglada, ni en la LEVD ni en ninguna otra disposición del sistema español, por lo que me permito sugerir que, cualquier intento por incluirlos en el sistema penal en tanto víctimas, haría bien en seguir un camino similar al recorrido por el tratamiento jurídico-penal de los menores<sup>809</sup>. En efecto, los menores de edad, como también las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, reciben un tratamiento diferenciado en tanto víctimas de ilícitos penales por cuanto, además de su especial vulnerabilidad<sup>810</sup>, carecen de capacidad procesal y requieren de, indefectiblemente, representación por parte de otros que sí gocen de plena capacidad para comparecer en juicio, situación práctica y jurídica en la que, sin esfuerzos, parece posible ubicar a los animales.

---

808 Particularmente, como se vio, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, “Por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos”.

809 Sobre este asunto, véase FERNÁNDEZ FUSTES, María Dolores (2021) “Participación de la víctima en el proceso penal de menores” (Capítulo III), en FARTO PIAY, Tomás y PILLADO GONZÁLEZ, Esther (2021) *La víctima en el proceso penal de menores: tratamiento procesal e intervención socioeducativa*, Ed. Dykinson; Madrid, 2021, pp. 65-94.

810 El art. 26 de la LEVD establece medidas de protección especial para ambos colectivos.

En particular, la participación procesal de los menores de edad se encuentra regulada, además de en lo relativo a sus derechos en la LEDV, también a lo largo de otros instrumentos. En primer lugar, la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LECivil), distingue la “capacidad de ser parte” de la “capacidad de comparecencia en juicio” y la representación. La primera, consagrada en su art. 6, enumera una serie de entidades que pueden ser parte – por cierto, no incluyendo a los animales, pero sí a entidades de tan diversa naturaleza como las personas físicas, los concebidos no nacidos, las personas jurídicas y las masas patrimoniales –, mientras que el art. 7 establece los mecanismos de representación para las entidades enumeradas en el art. 6, distintas de la persona física plenamente capaz (que es la única que se representa a sí misma). Así, p.ej., en su numeral 2 establece que “las personas menores de edad no emancipadas deberán comparecer mediante la representación, asistencia o autorización exigidos por la ley”, situación que se repite para los concebidos y no nacidos. En materia estrictamente penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), en los arts. 109 y ss. consagra la posibilidad de que las víctimas ejerzan la acción penal, abordando de manera expresa la situación de aquellas que requieren de representación al efecto<sup>811</sup>. A su turno, el art. 25 de la LO 2/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores<sup>812</sup>, consagra en su art. 25 la posibilidad de personarse en el procedimiento, en calidad de acusadores particulares, a “las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces”, detallando a continuación el piso mínimo de facultades y derechos que al efecto la ley les concede, al interior de los cuales se encuentran, entre otros, el de ejercitar la acusación particular durante el procedimiento; de instar para la imposición de medidas; de tener vista de lo actuado y de ser notificado de las diligencias; proponer pruebas y participar en la práctica de las mismas; de ser oído en los incidentes; participar en las vistas o audiencias y formular recursos; de que se les dé traslado de las actuaciones sustanciadas, y de que se les permita intervenir en todos los trámites de defensa de sus intereses. Finalmente, la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección legal integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, establece en su art. 13, sobre la legitimación activa para

---

811 En particular, el art. 109 inc. 2º contempla la situación de que la víctima fuese una persona menor o tuviese una capacidad judicialmente modificada; mientras que el 109 bis hace lo propio habilitando una serie de posibles representaciones. Recurso disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&p=20220907&tn=1>.

812 Recurso disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641#top>.

la defensa de derechos e intereses en los procedimientos judiciales que traigan causa de una situación de violencia, que

“1. Los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia están legitimados para defender sus derechos e intereses en todos los procedimientos judiciales que traigan causa de una situación de violencia.

Dicha defensa se realizará, con carácter general, a través de sus representantes legales en los términos del artículo 162 del Código Civil. También podrá realizarse a través del defensor judicial designado por el Juzgado o Tribunal, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, en los supuestos previstos en el artículo 26.2 de la Ley 4/2015, de 27 de abril.

En el caso de los niños, niñas o adolescentes bajo la guarda y/o tutela de una entidad pública de protección que denuncian a esta o al personal a su servicio por haber ejercido violencia contra ellos, se entenderá, en todo caso, que existe un conflicto de intereses entre el niño y su tutor o guardador.

2. Incoado un procedimiento penal como consecuencia de una situación de violencia sobre un niño, niña o adolescente, el Letrado de la Administración de Justicia derivará a la persona menor de edad víctima de violencia a la Oficina de Atención a la Víctima competente, cuando ello resulte necesario en atención a la gravedad del delito, la vulnerabilidad de la víctima o en aquellos casos en los que la víctima lo solicite, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 4/2015, de 27 de abril”<sup>813</sup>.

Así, guardando toda proporción y diferencia, la situación procesal del animal víctima de un ilícito de maltrato bien podría incardinarse en la descrita por el art. 13 recién transcrito. En efecto, la presente tesis ha propuesto que los animales se encuentran, al menos teóricamente, legitimados para ostentar la calidad de víctima, por lo que sólo resta la legitimación jurídico procesal para que ello pueda verificarse a través de una debida representación, de la misma forma en que lo hace la LO 8/2021 respecto de los menores, con el objeto de concederles los derechos y facultades contemplados, a su turno, en el art. 25 de la LO 2/2000. De esta forma, como propuesta de *lege ferenda*, deviene posible sugerir, p.ej., la aprobación de un artículo análogo al recién transcrito, pero dirigido esta vez a la defensa de los intereses de los animales mediante la representación de, por ejemplo, su tutor o tenedor legal, en caso de los animales de compañía u otros sometidos a régimen registral (como los utilizados en deportes, los animales en zoos y los utilizados en experimentación) o sus dueños (p. ej., en el caso de animales pertenecientes a planteles

---

813 Artículo 13 de la LO 8/2021, recurso disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9347](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9347).

productivos); o de cualquier persona para el caso en que se sospeche que sea alguno de los anteriores el autor o cómplice de los hechos, o también de las organizaciones sin fines de lucro dedicadas a la protección y defensa de los animales.

Para el caso de Chile, la situación es bastante similar. En efecto, según lo visto en el capítulo segundo, la categoría de víctima encuentra una muy más escueta regulación en el CPP 2000, particularmente en el art. 108, que indica que se considerará como “víctima” al ofendido por el delito, y el art. 109, que contiene los derechos que en dicha calidad le asisten. Al igual que para el caso español, aunque sin hablar específicamente de las personas físicas, pareciera igualmente referirse a ellas al establecer el catálogo de personas que pueden representar a la víctima directa en caso de que ésta no pudiere ejercer sus derechos en el procedimiento (todos vinculados con la víctima a través de relaciones de parentesco). Con todo, y en el mismo sentido antes visto respecto a España, aquí también pueden constituirse en víctimas entidades diversas, como es el caso de, v.g. las personas jurídicas, razón por la que parece asimismo posible sugerir una adecuación de la normativa vigente a efectos de permitir y regular la participación de los animales en juicio, en calidad de víctimas, vía representación.

Sin embargo, a diferencia del derecho español, el chileno cuenta con un antecedente de *lege lata*: el art. 29 de la Ley 21.020, que permite a las organizaciones dedicadas a la protección animal participar, como acusadoras particulares, en los procesos penales en materia de maltrato animal<sup>814</sup>. Si bien es cierto que la norma admite ser interpretada como una habilitación a dichas organizaciones para comparecer en calidad de “ofendidas” por el delito, retrocediendo así hacia un bien jurídico asociado a los intereses humanos; no resulta menos cierto que, desde la perspectiva del animal víctima aquí favorecida, podría perfectamente comprenderse también como una habilitación para actuar en representación, no ya de sus intereses institucionales, sino directamente de los intereses de los animales afectados, de la misma forma en que puede hacerlo, p.ej., la Defensoría de los Derechos de la Niñez respecto de los niños, niñas y adolescentes vulnerados (NNA), de conformidad a la habilitación que al efecto le concede la Ley N° 21.067 de 2018, particularmente en su art. 16<sup>815</sup>.

---

814 Art. 29 de la Ley 21.020: “En el caso del delito de maltrato o crueldad animal podrán querellarse las organizaciones promotoras de la tenencia responsable de mascotas o animales de compañía, cualquiera sea su domicilio dentro del país”.

815 Art. 16, inc. 4°. “El Defensor podrá deducir acciones y querellas respecto de hechos que involucren a niños y revistan caracteres de gravedad, relevancia o interés social comprometido, siempre que se trate de aquellos delitos tipificados en el artículo 142 y en los

Así, e independientemente de la creación, o no, de una institución como la Defensoría, mas destinada a la representación de los intereses de los animales como aquella lo hace respecto de los NNA, resultaría posible defender que las organizaciones promotoras de la tenencia responsable representan, de *lege lata*, los intereses de los animales en tanto víctimas. Con todo, resultaría más adecuado que dicha previsión se complementara con la dictación de una norma como la sugerida para el caso español, que habilite al tutor o tenedor legal, en caso de los animales de compañía u otros sometidos a régimen registral; o a sus dueños, en caso de animales pertenecientes a planteles productivos; o a cualquier persona en caso de que se sospeche que sea alguno de los anteriores el autor o cómplice de los hechos, para actuar en representación de los intereses de los animales en tanto ofendidos por el delito, ello independientemente de si se constituyen, o no, en acusadores particulares, pudiendo así gozar de los derechos que concede la ley a la víctima, por cierto, en lo pertinente.

Así entonces, una comprensión del animal como víctima, con una representación legitimada y regulada positivamente a través de normas como las recién propuestas, permitiría que, en su representación, un tercero plenamente capaz ejerciera los derechos que el sistema consagra a las víctimas, tanto en la fase de instrucción como en la de juicio, coadyuvando a la labor del persecutor público. Además, entre otras posibilidades a explorar, un modelo representativo como el propuesto permitiría, p.ej., la demanda civil de la reparación de los daños causados al animal; como asimismo, el incluir los delitos de maltrato animal en el marco de encuentros restaurativos: en efecto, como plantea Bernuz Beneitez, ello sería posible si el animal fuese considerado la víctima del delito y actuase debidamente representado<sup>816</sup>. Esta posibilidad no es una cuestión baladí y reviste, ciertamente, interés político-criminal por cuanto, en un gran porcentaje, los casos de maltrato se producen debido a un severo desconocimiento de las necesidades y capacidades de los animales, situación para la que una mediación en el marco de la justicia restaurativa podría no sólo ser adecuada a efectos de restaurar el daño causado al animal, en caso de ser ello posible, sino también para permitir al autor dimensionar, concretamente, la magnitud del daño causado, generando un efecto rehabilitador y de prevención especial positiva difícilmente alcanzable a través de la condena.

---

Párrafos 5° y 6° del Título VII, y 1°, 2° y 3° del Título VIII, todos del Libro Segundo del Código Penal”. Recurso disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1114173>.

816 BERNUZ BENEITEZ (2020), p. 416.

## Conclusión

En este último capítulo, se ha demostrado la factibilidad de la propuesta teórica ofrecida en la presente tesis, ello mediante su aplicación a los sistemas jurídicos español y chileno en, particularmente, lo relativo a los delitos de maltrato animal y al tratamiento de la víctima en uno y otro.

En dicho cometido, y a efectos de una mejor contextualización de qué es aquello que reprochan penalmente ambos sistemas, se pasó revista a la historia y evolución de la criminalización del maltrato animal en ambos países, analizándose luego las tipificaciones vigentes en cada uno, tanto desde una perspectiva dogmática como comparada.

De dicho análisis, tanto histórico como dogmático, se han explorado los diversos posibles bienes jurídicos que la doctrina ha sugerido como concurrentes en los delitos de maltrato animal distinguiéndose, de entre ellos, aquellos que aparecen como descartables, en tanto “improbables” a la luz de la tesis aquí defendida, de aquellos identificados como “probables” o compatibles con la propuesta desarrollada. En este marco, se ha sugerido que el bien jurídico protegido en los tipos penales español y chileno es el bienestar *del* animal, entendido como su integridad individual, en sus dimensiones física y psíquica.

En base a todo lo anterior, se ha estudiado cómo la comprensión aquí ofrecida se vincula con la normativa actualmente vigente sobre la víctima en ambos ordenamientos jurídicos, advirtiendo que, si bien ambos sistemas no se encuentran, de *lege lata*, preparados para la adopción de esta tesis, ello podría encontrar buenamente remedio a través de la incorporación de unas modificaciones que permitan, sin disrupciones, la implantación de un sistema de representación penal del animal, las que se ofrecen como propuestas de *lege ferenda*.





## CONCLUSIONES

La presente tesis arrancó de las preguntas ¿qué se castiga cuando se castiga, en los delitos de maltrato animal? O, dicho de otro modo ¿qué se protege allí donde se protege, y a quién, o a qué? Como posible respuesta a las preguntas así formuladas, se sometió a consideración la siguiente hipótesis: es hermenéuticamente coherente; teóricamente fundado; no disruptivo, además de legítimo a la luz de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, afirmar que el animal, individualmente considerado, es la víctima en los delitos de maltrato animal – particularmente, en las tipificaciones vigentes en Chile y España –, y podría identificarse el bien jurídico protegido subyacente como uno centrado en intereses subjetivos de los propios animales.

Para ello, se examinaron tres cuestiones centrales, a saber: el concepto de “víctima”, a efectos de determinar si los animales pueden ocupar dicho estatus; el concepto de “bien jurídico”, para establecer si son éstos susceptibles de una titularidad animal; y el concepto de “derecho subjetivo”, con el objeto de valorar una posible adscripción (en sentido jurídico) de algunos de ellos a los animales, todo lo cual permitiría su consideración como víctimas, en el sentido que aquí se propone.

Así, en primer lugar he definido el concepto de “víctima” como el “sujeto titular de un bien jurídico protegido por una norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada, que se constituye en tal desde el momento en que ocurre la afectación de dicho bien jurídico”. De tal definición, y al objeto de determinar, analíticamente, cuáles serían las condiciones necesarias y suficientes para ostentar el estatus de víctima, he distinguido dos momentos: a) el de la víctima potencial (*ex ante* al quebrantamiento de la norma de comportamiento), para el cual identifiqué como condición necesaria y suficiente la capacidad de poseer *intereses penalmente protegidos*; y b) el de la víctima propiamente dicha (*ex post* al quebrantamiento de la norma de comportamiento), para el que identifiqué como condición necesaria y suficiente – en adición a la anterior – la capacidad de poseer *derechos subjetivos*.

En segundo lugar, me he posicionado a favor de una comprensión del bien jurídico protegido “*qua* interés jurídico-penalmente protegido” – siguiendo a Liszt –, comprensión que identifiqué como “*interescentrista*” – distanciándola de las típicas comprensiones de

corte antropocentrista –, además de “trascendente” – de conformidad a la distinción entre concepciones “inmanentes” y “trascendentes” del bien jurídico ofrecida por Bustos, rescatando así su función crítica y, además, haciendo factible la idea de su titularidad por parte de la víctima.

En tercer lugar, he favorecido un concepto de “derecho subjetivo” en tanto “interés jurídicamente protegido”, de conformidad a la propuesta ofrecida por la “teoría del interés”. Esta comprensión permite la titularidad de derechos subjetivos por entidades distintas a la persona (física o jurídica), e independientemente de que sean, o no, titulares de deberes, todo lo cual socorre la idea de que los animales son capaces para la titularidad de derechos subjetivos.

En cuarto lugar, en tanto articulador de las cuestiones enunciadas *supra*, he identificado la noción de “interés” como elemento central en los conceptos de “bien jurídico” y de “derecho subjetivo”. De esta forma, y asumiendo que para la titularidad de bienes jurídicos y de derechos subjetivos es menester ser capaz para la posesión de “intereses subjetivos”, he identificado, a su vez, como condición necesaria y suficiente para dicha posesión la capacidad de “sintiencia”. Así, la capacidad de sintiencia condicionaría la posesión de intereses de la siguiente manera: si una determinada entidad es sintiente, entonces goza también de la capacidad para poseer intereses subjetivos, intereses que habrían de ser tomados en consideración por la sociedad, en general, y por el Derecho, en particular, lo que le permitiría devenir tanto en titular de bienes jurídicos tutelados, como de derechos.

Con todo, he advertido que este aparato teórico pretende explicar, y dar sustento, a una titularidad de bienes jurídicos y de derechos subjetivos por parte de los animales en tanto capaces de sintiencia, mas no de otras entidades desprovistas de dicha capacidad (v. g., las corporaciones), cuya titularidad habrá de explicarse en base a otro núcleo, uno cuya determinación escapa a los objetivos de esta tesis. Así, en caso alguno el hallazgo del núcleo *sintiencia-interés* pretende sugerir que el bien jurídico-penal y el derecho subjetivo son, o pueden ser, una misma cosa *tout court*.

En consecuencia, como resultado de la investigación desarrollada es posible sostener la siguiente conclusión general: es ciertamente posible afirmar que el animal individualmente considerado, dotado de la capacidad de sintiencia y, en tanto tal, poseedor de intereses penalmente relevantes, es quien ostenta el rol de víctima en las tipificaciones consagradas en los arts. 337 y 337 bis del CPE, y 291 bis y ter del CPCh.

Todo ello, por cierto, desde una comprensión del concepto de “víctima” como “titular del bien jurídico”, y del animal como titular del bien jurídico “bienestar *del* animal”, entendido como su integridad individual, en sus dimensiones física y psíquica.

La conclusión general así propuesta se apoya, asimismo, en las siguientes conclusiones parciales:

- I. Que, del estudio del marco contextual y de las bases histórico-jurídicas del tratamiento que, tanto el Derecho en general, como el Derecho penal en particular, han dispensado y dispensan a los animales, es posible advertir la profunda elasticidad de la que gozan las distintas categorías y estatus jurídicos. En efecto, los animales han sido categorizados, históricamente, tanto como objetos materiales y de protección; así como de sujetos activos y pasivos, lo que haría de la hipótesis ofrecida algo nada disruptivo, a la luz del devenir histórico de la consideración de los animales en el Derecho.
- II. Que, la misma cuestión ha sido evidenciada respecto a la flexibilidad para la determinación de cuáles han sido, históricamente, identificados como los bienes jurídicos protegidos en los tipos penales de maltrato animal. Así, mientras tempranamente se habrían identificado como valores a proteger unos cuya *ratio* radicaría en la protección de intereses humanos (tales como la propiedad, la sensibilidad o las buenas costumbres), pasados algunos siglos habrían arribado unos nuevos valores, unos cuya *ratio* se asentaría, más bien, en la protección de intereses de los propios animales. Esta cuestión, al igual que en el caso de la flexibilidad exhibida por los estatus reseñada *supra*, da sustento a una posible identificación de un bien jurídico de titularidad animal.
- III. Que, en particular respecto al estatus de víctima – cuyo concepto fue abordado desde unas perspectivas histórica; positiva, y ontológica –, ha sido posible dar por cierta la afirmación de que los animales pueden, buenamente, ostentar dicho estatus. Ello es así, por cuanto se ha acreditado que
  - a) El concepto de víctima exhibe la elasticidad suficiente para admitir a su interior entidades de muy diversa naturaleza (v. g. personas físicas, colectividades compuestas por personas físicas, como también personas jurídicas);
  - b) El hecho de que parte de la legislación se enfoque en la atribución y regulación del ejercicio de los derechos de las víctimas en cuanto “personas físicas”, no

obsta a que otras entidades puedan, también, ostentar dicho estatus, como es el caso, de *lege lata*, en ambos ordenamientos jurídicos, y

- c) Que desde la comprensión del concepto de víctima aquí ofrecido, esto es, como “titular del bien jurídico protegido por una norma de comportamiento penalmente reforzada”, es posible ubicar a los animales al interior de dicho estatus, en tanto posibles titulares de bienes jurídicos.
- IV. Que es, asimismo, posible sostener que los animales son, de *lege lata*, titulares de bienes jurídicos cuya protección se encuentra jurídico-penalmente reforzada, en base a las siguientes consideraciones:
- a) Que, del estudio de su evolución histórica, resulta posible advertir que el concepto de bien jurídico exhibe, también, una plasticidad importante, en tanto se muestra permeable a los vaivenes históricos y políticos; los avances científicos y, por cierto, los valores de cada época;
  - b) Que, desde una comprensión del bien jurídico como la aquí favorecida, es decir, *qua* interés jurídico-penalmente protegido, y la evidencia de que los animales sintientes son capaces de poseer intereses penalmente relevantes, una titularidad “animal” de bienes jurídicos deviene absolutamente plausible, y
  - c) Que ello es afín a una comprensión del bien jurídico desde una perspectiva crítica, es decir, compatible con un ideal de Derecho penal mínimo o clásico, coherente con los principios limitadores del *ius puniendi* estatal.
- V. Que, también, es posible dar por buena la afirmación de que los animales son capaces para la titularidad de derechos subjetivos, tanto en términos generales como, en particular, respecto de aquellos que el sistema adscribe a las víctimas, lo que quedó en evidencia producto del estudio histórico de la noción de “derechos subjetivos”, como asimismo del análisis del concepto y el favorecimiento de su comprensión *qua* “interés jurídicamente protegido”.
- VI. Que la “sintiencia”, condición necesaria y suficiente para la posesión de intereses y, por tanto, elemento esencial para la titularidad de bienes jurídicos y de derechos subjetivos, ha de ser entendida como “la capacidad que exhiben los animales vertebrados, y algunos invertebrados, para experimentar dolor y sufrimiento, a la vez que placer y felicidad”, lo que se traduce en que sus vidas puedan ser, subjetivamente, buenas o malas y, por tanto, verse mejoradas o empeoradas según

los estímulos que enfrenten. En base a ello he propuesto, como elemento central para la titularidad animal tanto de bienes jurídicos como de derechos subjetivos, aquello que identifico como el “núcleo *sintiencia-interés*”.

- VII. Que he sugerido, como posible bien jurídico protegido en los delitos de maltrato animal vigentes en ambos ordenamientos jurídicos, el “bienestar *del animal*”, entendido como “su integridad individual, en sus dimensiones física y psíquica”. Se trata, estimo, de un bien jurídico compuesto por intereses *individuales*, en tanto son de titularidad del animal individualmente considerado; *relevantes*, en tanto se corresponden con intereses que el Derecho ya ha determinado como protegibles; *legítimos*, en tanto su protección no pugna con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; y *teóricamente correctos*, por cuanto calza correctamente con la comprensión ontológica del bien jurídico aquí favorecida, es decir, *qua interés*.
- VIII. Que, de todo lo anteriormente expuesto, en conjunto con un estudio histórico, comparado y dogmático de la legislación vigente en ambos sistemas jurídicos – principalmente en materia de maltrato animal – ha confirmado que la tesis aquí propuesta no resulta, en absoluto, disruptiva. Es más, se ha demostrado que, en efecto, ello es así de *lege lata*, en tanto los animales son, desde ya, beneficiarios de ciertos deberes jurídicos impuestos por la ley, como es el caso de las normas administrativas que protegen su bienestar, y las administrativas y penales que reprochan los malos tratos y la crueldad. Con todo, se ha advertido que, para una incorporación totalmente armónica del aparato teórico aquí propuesto, bien aprovecharían a nuestros sistemas la introducción de unas concisas modificaciones en materia procesal, como propuesta de *lege ferenda*.
- IX. Finalmente, se ha evidenciado que la propuesta no resulta tampoco, *prima facie*, atentatoria contra las costumbres y prácticas sociales existentes a la fecha en ambos sistemas, exhibiéndose lo suficientemente flexible para avanzar en mayores niveles de protección de los animales en la medida en que nuestras conciencias, de manera colectiva, así lo demanden.



## BIBLIOGRAFÍA

AALTOLA, Elisa (2008) “Personhood and Animals”, en *Environmental Ethics*, Vol. 30, pp. 175-193.

ALLER, Germán (2009) “Estudio preliminar acerca de Karl Binding y su obra”, en *La culpabilidad en derecho penal* (2009), traducción de BINDING, Karl (1919) *Die Schuld im Deutschen Strafrecht*, trad. CANCIÓ MELIÁ, Manuel, p. XXV.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes (2014) *Bien jurídico penal y derecho penal mínimo de los derechos humanos*. Colección Estudios, Ediciones Universidad de Valladolid, 2014.

ALTAREJOS MASOTA, Francisco (2007) “*Ens per accidens*: dimensión lógica del ser”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2007.

AMELUNG, Knut (2003) ‘El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos’, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

ANDERSON, Jerry L. (2012) “The origins and efficacy of private enforcement of Animal Cruelty Law in Britain”, en *Drake Journal of Agricultural Law*, Vol. 17.2, pp. 263-310.

ARIAS MARÍAN, Alán (2012) “Teoría crítica y derechos humanos: hacia un concepto crítico de víctima”, en *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*. 36 (2012.4). EMUI Euro-Mediterranean University Institute / Universidad Complutense de Madrid.

ARNESON, Richard, J. (2005) “Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism”, en *Legal Theory*, 11 (2005), pp. 259-284, Cambridge University Press.

BAUCCELLS LLADÓS, Joan (2004) “Comentarios a los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en



*Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.), Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Barcelona, 2004.

BLATTNER, Charlotte E. (2021) *Protecting Animals Within and Across Borders. Extraterritorial Jurisdiction and the Challenges of Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

BEIRNE, Pierce (2011) “A note on the facticity of animal trials in early modern Britain; or, the curious prosecution of farmer Carter’s dog for murder”, en *Crime Law Soc Change* (2011), pp. 359-374.

BENTHAM, Jeremy (1781) *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Batoche Books, Kitchener, 2000.

BERISTAIN, Antonio (2004) “Teología, ética y ciencia penal victimológicas: el ciervo de Yahvé, clave del cristianismo”. *Ponencia inaugural de la Sociedad Española de Victimología*, 2004.

BERLIN, Isaiah (2005) *Las raíces del Romanticismo* (Trad. MARÍ, Silvina) Editorial Taurus, España (2019).

BERMAN, P.S. (1994) “Rats, Pigs, and Statutes on Trial: The Creation of Cultural Narratives in the Prosecution of animals and Inanimate Objects”, en *New York Law Review*, LXIX (1994).

BERNUZ Beneitez, María José (2020) “¿Castigos (eficaces) para delitos contra los animales? Repensando la respuesta al maltrato animal”, en *Revista InDret*, 1.2020, pp. 394-423.

BINDING, Karl (1916) *Die Normen und ihre Uebertretung*, 3 ed., Leipzig, Verlag Felix Meiner, T.I., en BUSTOS RAMÍREZ (1994).

(1919) *Die Schuld im Deutschen Strafrecht, La culpabilidad en derecho penal*, trad.

CANCIÓ MELIÁ, Manuel, p. XXV, Ed. BdeF Ltda. Buenos Aires, Montevideo, 2009.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz (1834a), *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. GUZMÁN DALBORA, José Luis, Editorial IBdeF Ltda, Montevideo, Colección Maestros del Derecho Penal, N° 32.

(1834b) “Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung“, *Archiv des Criminalrechts*, T. 15.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2011) “La acción penal y la víctima en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXVII. Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2011, pp. 513-545.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano (2011) *Curso de Política Criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª edición 2021.

BOVINO, Alberto (1998) “La participación de la víctima en el procedimiento penal”, en *Problemas del derecho penal contemporáneo*, Vol. colectivo. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina. pp. 87-118.

BRAGE CENDÁN, Santiago B. (2017) *Los delitos de maltrato y abandono de animales: (artículos 337 y 337 bis CP)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

BRICOLA, Franco (2012) *Teoría general del delito*, Trad. RESTREPO RODRÍGUEZ, Diana, Editorial B de F Ltda, Montevideo, Colección Maestros del Derecho Penal, N° 38, 2012.

BROZEK, Bartosz (2017) “The Troublesom Person”, en V.A.J. Kurki, T. Pietrzykowski (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Springer International Publishing AG (2017) Law and Philosophy Library.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1987) *Control social y Sistema Penal*, Editorial Artemis, Bogotá, 2012.

(1990) “Presente y futuro de la victimología”, en *Revista de Ciencias Penales*, Quinta época, 1990.1993. Tomo XL, N° 1, Santiago de Chile.

(1994) *Manual de Derecho penal*. Parte general, Editorial PPU, Barcelona, 1994.

(1999) “Principios garantistas del derecho penal y del proceso penal”, *Revista Nuevo Foro Penal*, N° 60, abril 1999, pp, 105-113.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán (2006), *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Trotta, Madrid.

BUTLER, Sean y FASEL, Raffael (2023) *Animal Rights Law*, en prensa, Hart Publishing.

CANO FERNÁNDEZ, Sonia (2015) “La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Estatuto jurídico de la víctima”, en *Crónica de legislación (enero-junio 2015) Procesal. Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 3, diciembre 2015. Ediciones Universidad de Salamanca.

CARDONA BARBER, Antonio (2019) “Algunas condiciones de legitimidad del bien jurídico penalmente protegido”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.<sup>a</sup> Época. n.º 21 (enero 2019), pp. 151-187.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2019) “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile. Una propuesta de lege ferenda”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 25, N° 1, 2019, pp. 415-438. Universidad de Talca – Facultad de Ciencias Jurídicas.

CARRASCO ANDRINO, María del Mar (2019) “Víctima, sujeto pasivo y perjudicado por el delito”. Trabajo realizado en el marco del Proyecto «*Víctimas de delitos: modelos de actuación integral*» (DER2016- 77228-P), del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia 2016-2019, en cuya financiación participan el Fondo Social Europeo y la Agencia Estatal de Investigación.

CARRASCO JIMÉNEZ, Edison (2015) ‘La “Teoría material del bien jurídico” del sistema Bustos/Hormazábal’, en *Estudio Penales y Criminológicos*, Vol. XXXV (2015), pp. 239-289.

CASAL, Paula y SINGER, Peter (2022) *Los derechos de los simios*, Ed. Trotta, Madrid, 2022.

CASTRO JOFRÉ, Javier (2004) “La víctima y el querellante en la reforma procesal penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXV*. Valparaíso, Chile. 2004, pp. 127-141.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta (2008) “El maltrato de animales en el Código Penal español”, en *Revista General de Derecho Penal*, 10-2008, pp. 1-31.

(2016) “El derecho penal ante el maltrato de animales”, en *Cuadernos de Derecho Penal*, enero-junio de 2016, pp. 33-53.

(2021) “La penalidad de los delitos de maltrato y abandono de animales”, en *De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador*, CUERDA ARNAU, María Luis (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia (2021), pp. 80-113.

CHIESA, Luis E. (2008) “Why it is a Crime to stomp on a Goldfish? – Harm, Victimhood and the Structure of Anti-Cruelty Offenses”, en *Mississippi Law Journal*, 78.1, pp. 1-67.

COCHRANE, Alasdair (2009) “Ownership and Justice for Animals”, *Utilitas* Vol. 21, No 4, December 2009. Cambridge University Press.

COHEN, Esther (1993) *The crossroads of justice. Law and Culture in Late Medieval France*. Netherlands: E. J. Brill, 1993.

COLÁS TURÉGANO, María Asunción (2021) “La tutela penal de los animales y el principio *ne bis in idem*”, en *De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador*, CUERDA ARNAU, María Luis (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia (2021), pp. 113-156.

COMTE, Auguste (1844) *Discurso sobre el espíritu positivo*. Ed. Alianza, Madrid (1980).

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (2015) *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Dir. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1192-1206.

CORREA BLÁZQUEZ, Magdalena y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Baltasar (2016) “La construcción del mito de la víctima aceptable”, en *Revista de Victimología*, N. 4/2016, pp. 31-52.

CORTINA, Adela (2009) *Las Fronteras de la Persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*. Editorial Santilla, Ediciones Generales, Taurus Pensamiento, Madrid, 2009.

CUENA BOY, Francisco (1998), “Utilización Pragmática del derecho Romano en dos Memoriales Indianos del Siglo XVII sobre el Protector de Indios”, en *Revista de estudios histórico – jurídicos* n.20 Valparaíso 1998.

CUERDA ARNAU, María Luisa (2015) “Inhabilitación especial tenencia de animales”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Dir. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CUNILL, Caroline (2011) “El indio miserable: nacimiento de la teoría legal en la América colonial del siglo XVI”, en *Cuadernos Inter.c.a.mbio*, año 8, No 9 (2011), pp. 229-248.

DABIN, Jean (1952) *Le Droit Subjective*, Ed. Dalloz, Paris. Ed. 2008.

DeGRAZIA, David (2007) “The harm of death, time-relative interests, and abortion”, en *Philosophical Forum* 38 (1): pp. 57-80 (2007).

(2014) “What is Suffering and What Sort of Beings Can Suffer?” en *Suffering and Bioethics*, Eds. GREEN, Ronald M. and PALPANT, Nathan J. (2014), Oxford University

Press.

DESCARTES, René (1637) *Discours de la Méthode : suivi de la dioptrique*. Ed. Frédéric de Buzon. Éditions Gallimard, Paris, 1997.

DARWIN, Charles (1859) *El origen de las especies*, Colección Austral, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 2008.

(1881) *The Descent of Man and Selection in Relation to Sex*, Ed. Wordsworth Classic of World Literature, Londres, 2013

DECKHA, Maneesha (2013) “Welfarist and Imperial: The Contributions of Anticruelty Laws to Civilizational Discourse”, en *American Quarterly*, September 2013, Vol. 65, No. 3, Special Issue: Species/Race/Sex (September 2013), pp. 515-548.

(2021) *Animals as Legal Beings*, University of Toronto Press, Toronto, 2021.

DÍAZ CABIALE, José Antonio y CUETO MORENO, Cristina (2022) “Víctimas, ofendidos y perjudicados: concepto tras la LO 8/21”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC número 24-04 (2022), pp. 1-49.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (2011) *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Dir. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Ed. Thomson Reuters, Madrid, 2011.

DICKINSON, Thomas (2017) “Detailed Discussion of Pet Trusts”, en *Michigan State University College of Law: Animal, Legal and Historical Center*.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis (1997) “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, ponencia presentada en *Congreso internacional en conmemoración del 75 aniversario del código penal argentino*, Buenos Aires, 1997.

(2004) “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 06-03 (2004).

(2006) “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, enero-junio 2006, N° 69, pp. 198-248.

DINZELBACHER, Peter (2002) “Animal Trials: A Multidisciplinary Approach”, en *Journal of Interdisciplinary History*, XXXII: 3. pp. 405- 421.

DONINI, Massimo (2011) “La herencia de Bricola y el Constitucionalismo penal como método. Raíces nacionales y desarrollos supranacionales”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 7, N° 77, julio-diciembre 2011, pp. 43-83.

DUCE, Mauricio (2013) “La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica”, en *Seminario La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica*, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2013.

DUFF, R.A. (2001) “Harms and Wrongs”, en *Buffalo Criminal Law Review*, Vol 5, N 1, pp. 13-46.

DUFF, R.A. y MARSHALL, S.E. (2004) “Remote Harms’ and the Two Harm Principles”, en *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*. Hart Publishing, 2002, pp. 205-224, Bloomsberry Collections.

DURÁN MIGLIARDI, Mario (2013) “El Planteamiento Teleológico Constitucional de la Escuela de Bologna y la obra de Franco Bricola como antecedentes históricos y metodológicos de la noción de Derecho Penal Constitucional”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 20 – N° 2, 2013, pp. 305-326.

EDWARDS, James (2014) “Harm Principles”, en *Legal Theory*, 20 (2014), pp. 253-285, Cambridge University Press.

ESSER, Albin (1965) ‘The principle of “Harm” in the Concept of Crime: A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests’, en *Duquesne Law Review*, Vol 4, N 3, Article 2.

(1998) “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima”. Traducción española, realizada por Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid) del texto “*Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen*”, al libro en homenaje de Ernst-Joachim Mestmäcker, cuya publicación (Nomos-Verlag, Baden-Baden, 1996). En *Cuaderno de Conferencias y Artículos N° 18, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, 1998.

EVANS, Edmund P. (1906) *The Criminal Prosecution and Capital Punishment of Animals. The Lost History of Europe's Animal Trials*. London: Faber and Faber Limited (1987).

FARJAT, Gérard (2002) « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche », en *RTD Civ.* 2002.

FASEL, Raffael (2021) “Shaving Ockham. A Review of Visa A.J. Kurki's ‘A Theory of Legal Personhood’”, in *Revus*, 44, 2021.

FAVRE, David y TSANG, Vivian (1993) “The Development of the Anti-Cruelty Laws During the 1800's”, en *The Detroit College of Law Review* 1993 Det. C.L. Rev. 1 (1993), pp. 1-32.

FAVRE, David (2005) “Judicial Recognition of the Interests of Animals - A New Tort”, *Michigan State Law Review* 333 (2005) pp. 334-367.

(2010) “Living Property: A New Status for Animals within the Legal System”, 93 *Marq. L. Rev.* 1021 (2009-2010). pp. 1021-1072.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2007) *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid, Editorial Reus, 2007.

FEINBERG, Joel (1980a) “The Rights of Animals and Unborn Generations”, en *Rights, Justice and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press, 1980.



(1980b) “Human Duties and Animal Rights”, en *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press. Princeton, New Jersey, 1980.

(1984) *Harm to Others. The Moral Limits of Criminal Law*. Oxford University Press. New York.

(1985) *Offense to Others*, Oxford University Press, Oxford, New York.

(1986) *Harm to Self*, Oxford University Press, Oxford, New York.

(1988) *Harmless Wrongdoing*, Oxford University Press, Oxford, New York.

(1992) “Abortion”, en *Freedom and Fulfillment. Philosophical Essays*. Princeton University Press, New Jersey, pp. 37-75.

FELIÚ CRUZ, Guillermo (1973) *La abolición de la esclavitud en Chile*, 2ª ed. Editorial Universitaria, Santiago, (1973).

FERNÁNDEZ CABRERA, Marta (2016) “A vueltas con la función político-criminal del bien jurídico”, en *Foro Nueva época*, vol. 19, núm. 1 (2016), pp. 173-202.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Marta Isabel (2017) “Protección y tutela de las víctimas en el proceso penal”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 13/2017, Bilbao, pp 177-200.

FERNÁNDEZ FUSTES, María Dolores (2021) “Participación de la víctima en el proceso penal de menores” (Capítulo III), en FARTO PIAY, Tomás y PILLADO GONZÁLEZ, Esther (2021) *La víctima en el proceso penal de menores: tratamiento procesal e intervención socioeducativa*, Ed. Dykinson; Madrid, 2021, pp. 65-94.

FERRAJOLI, Luigi (1989) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, 7º Ed. Madrid, 2005.

(2012) “El principio de lesividad como garantía penal”, en *Revista Nuevo Foro Penal* Vol. 8, No 79, julio-diciembre 2012, pp. 100-114, Universidad EAFIT, Medellín.

VON FEUERBACH, P.J.A.R. (1801) *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. castellana ZAFFARONI, Raúl e HAGEMEIERS, Irma, 1ª Ed. Editorial Hammurabi, Buenos Aires (2007).

FLETCHER, George P. (1999) “The Place of Victims in the Theory of Retribution”, en *The Buffalo Criminal Law Review* 3 No 1 (1999), pp. 51-64.

FOUCAULT, Michel (1978) *La verdad y las formas jurídicas*. Trad. LYNCH, Enrique. Editorial Gedisa, Barcelona, 1996.

FOURIE, M. y PIENAAR, G. (2017), “Tracing the roots of forfeiture and the loss of property in English and American law”, en *Fundamina (Pretoria), Pretoria*, v. 23, n. 1, p. 20-38.

FRANCIONE, Gary (1995) *Animals, Property and the Law*, Temple University Press, 1995.

FREY, R.G. (2011) “Utilitarianism and Animals”, en *The Oxford Handbook of Animal Ethics*, Eds. BEAUCHAMP, Tom y FREY, R.G., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 172-197.

FRISCH, Wolfgang (2003) “Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 309-339.

(2017) “Franz von Liszt – Obra e influencia”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2/2017, Barcelona, abril de 2017, pp. 1-29.

FRYDRYCH, David (2019) “The Case Against the Theories of Rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies* (40) 2; 320-346 (2020).

FUDGE, Erika (2006) “Two Ethics: Killing Animals in the Past and the Present”, en *Killing Animals*, Ed. The Animal Studies Group. Urbana: University of Illinois Press. pp. 99–119.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora y LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen (2013) “Los delitos contra la flora, la fauna y los animales domésticos. Análisis doctrinal y jurisprudencial, con referencia a la reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-11 (2013).

GARCÍA ARROYO, Cristina (2022) “Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 24-12 (2022), pp. 1-45.

GARCÍA SOLÉ, Marc (2015) “El delito de maltrato de animales. El maltrato legislativo a su protección”, en *Revista de Bioética y Derecho*, 2015; Número extra, recopilatorio especial, pp. 43-53.

GARRET, Aaron (2011) “Animals and Ethics in the History of Modern Philosophy”, en *The Oxford Handbook of Animal Ethics*, Eds. BEAUCHAMP, Tom y FREY, R.G., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 61-87.

GARRIDO MARTÍN, Joaquín (2017) “Ciencia del derecho en la Escuela Histórica y la Jurisprudencia de conceptos”, en *Revista Derechos y Libertades* N° 37, Época II, junio 2017, pp. 207-232.

GARRIDO MONTT, Mario (2003) *Derecho Penal, Tomo II*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2003.

GARTHOFF, J. (2018) “Decomposing Legal Personhood”, en *Journal of Business Ethics* (2019) 154:967–974, Springer Science+Business Media B.V., part of Springer Nature 2018.

GAVILÁN RUBIO, María (2017) “El delito de maltrato animal. Sus penas y ejecución

de las mismas. Medidas de protección animal en el proceso penal”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, L (2017), pp. 143-166.

GIL GIL, Alicia (2016) “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, octubre de 2016.

GIMÉNEZ CANDELA, Teresa (1999), *Derecho privado romano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

(1981) *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1981.

GÓMEZ-CENTURIÓN JIMÉNEZ, Carlos (2011) *Alhajas para soberanos. Los animales reales en el siglo XVIII: de las leoneras a las mascotas de cámara*, Editado por la Junta de Castilla y León, Consejería de Cultura y Turismo, 2011.

GOMEZ COLOMER, Juan Luis (2015) *Estatuto Jurídico de la víctima del delito*. Editorial Aranzadi. Pamplona, España, 2015.

GONTHIER, Nicole (1998) *Le châtiment du Crime au Moyen Âge*, Presses universitaires de Rennes, Rennes, 1998.

GUTMANN, Thomas (2019) “Dignidad y autonomía. Reflexiones sobre la tradición kantiana”, (Carlos Emel Rendón, Trad.), en *Estudios de Filosofía*, 59, pp. 233-254.

GUZMÁN DALBORA, José Luis (2007) *Estudios y defensas penales*, Santiago: Editorial LexisNexis, 2007.

(2010), “Estudio Preliminar” en BIRNBAUM, Johann Michael Franz (2010), *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Editorial B de F Ltda, Montevideo, Colección Maestros del Derecho penal, N° 32.

HART, H.L.A. (1955) “Are there any Natural Rights”, en *Philosophical Review*, LXIV, April 1955.

(1962) *Law, Liberty and Morality. The Harry Camp Lectures at Stanford University* (1962), Oxford Paperbacks University Press, 1963.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco (2012) *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*. Ed. Tirant lo Blanch, 2012, Valencia, España.

(1989) *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

HASSEMER, Winfried (1983) “Consideraciones sobre la víctima del delito”, en *Estudios a V. Klug en su 70 aniversario*, p. 217-455. Traducción Rocío Cantero Bandres. Universidad de Salamanca.

(1991) “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, Conferencia realizada en la UAB, marzo de 1991, traducción de Elena Larrauri.

(2003) “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

HAVA GARCÍA, Esther (2009) *La tutela penal de los animales*, Ed. Tirant lo Blach, Valencia, 2009.

(2011) “La protección del bienestar animal a través del Derecho penal”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (2011), pp. 259-304.

(2021) “La tutela penal del bienestar animal”, en *De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador*, CUERDA ARNAU, María Luis (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia (2021), pp. 189-224.

HEFENDEHL, Roland (2003) “El bien jurídico como eje material de la norma”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp.179-196.

(2006) “De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico”, pp. 459-475, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

VON HENTIG, Hans (1948) *The Criminal & His Victim: Studies un the Sociobiology of Crime*. Yale University Press. California.

HERRERA MORENO, Myriam (2006) “Historia de la Victimología”, en *Manual de Victimología*; BACA, Enrique; ECHEBURÚA, Enrique, TAMARIT, Jesús María (Coords). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 51-78.

VON HIRSCH, Andrew (2003) ‘El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”’, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 37-52.

HYDE, Walter W. (1916) “The Prosecution and Punishment of Animals and Lifeless Things in the Middle Ages and Modern Times”, en *Pennsylvania: University of Pennsylvania Law Review and American Law*, pp. 696–730.

HOHFELD, Wesley Newcomb (1913) *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal reasoning*, 23 Yale L. J., 2010.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (1991) *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*, Editorial PPU, 1ª Edición, Barcelona, 1991.

(2003) “Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *Revista de Derecho*, Vol. XIV – Julio 2003, pp. 125-134.

HORNLE, Tatiana (2003) “La protección de sentimientos en el StGB”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 383-399.

(2006) “Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Edición española, Atelier Libros Jurídicos, 2012, pp. 87-100.

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2003) *Derecho Procesal penal chileno. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat (2014) “Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español”, en *Revista General de Derecho Procesal* (34) 2014.

(2017) *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*. Ed. Marcial Pons, Pamplona, España, 2017.

VON IHERING, Rudolph (1877) *El fin en el Derecho*, trad. castellana RODRÍGUEZ, Leonardo, B. Rodriguez Serra, Editor, Madrid, 1911.

(1877) *El espíritu del Derecho romano*. Obra citada, traducida y transcrita en parte en el apéndice de la edición de la obra de VON IHERING, RUDOLF (1883) *La dogmática Jurídica*, traducción de PRÍNCIPE Y SANTORRES, Enrique (1946), Editorial Losada S.A. Buenos Aires.

(1883) *La dogmática Jurídica*, traducción de PRÍNCIPE Y SANTORRES, Enrique (1946), Editorial Losada S.A. Buenos Aires.

JAKOBS, Günther (1978) *¿Protección de bienes jurídicos? Sobre la legitimación del Derecho penal*. Editorial IBdeF, Colección Maestros del Derecho penal. Buenos Aires – Montevideo (2020).

JAUURIETA ORTEGA (2019), “El bien jurídico protegido en el delito de maltrato animal”, en *Revista de Derecho UNED*, Núm. 24, 2019, pp. 181-202.

JIMÉNEZ AZÚA, María Angélica (2013) “Posiciones de la criminología respecto a la víctima en la justicia penal”, ponencia en *Seminario La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica*, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2013.

KANT, Immanuel (1785) *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Edición bilingüe y traducción de MARDOMINGO, J. (1996), Segunda Ed. (1999), Editorial Ariel S.A. Barcelona.

(1797) *La Metafísica de las Costumbres*. Traducción de CORTINA, A. y CONILL, J. Cuarta Edición. Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.) Madrid, 2005.

KARLG, Walter (2006) “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Edición española, Atelier Libros Jurídicos, 2012.

KINDHÄUSER, Urs (1996) *Derecho penal de la culpabilidad y la conducta peligrosa*. Segunda conferencia: “La protección de los bienes jurídicos por medio de las prohibiciones de lesión y exposición al peligro”, publicado por Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del derecho, 1996.

(2009) “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, en *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, Barcelona, 1-2009.

KLEINIG, John (1978) “Crime and the Concept of Harm”, en *American Philosophical Quarterly*, Jan. 1978, Vol. 15, No. 1, pp 27-36.

KORSGAARD, Christine (2011) “Interacting with Animals: A Kantian Account”, en *The Oxford Handbook of Animal Ethics*, Eds. BEAUCHAMP, Tom y FREY, R.G., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 91-118.

(2013) “Personhood, Animals and the Law”, en *The Royal Institute of Philosophy*. Think 34, Vol 12, Summer 2013. 25.



(2018) *Fellow Creatures. Our Obligations to the Other Animals*. Oxford University Press. Oxford, United Kingdom.

KOYUNKU, Emre (2018) Animals as Criminals: Towards a Foucauldian Analysis of Animal Trials, en *Parergon*, Vol. 35 Issue 1.

KRAMER, Matthew (1998) “Rights without Trimmings”, en MH Kramer, NE Simmonds y H Steiner, *A debate over Rights. Philosophical Enquiries*. Oxford University Press. Oxford, 1998.

(2001) “Do Animals and Death People Have Legal Rights?”, en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Volume 14, Issue 1, January 2001, pp. 29-54.

KUHLEN, Lothar (2006) “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Edición española, Atelier Libros Jurídicos, 2012, pp. 225-235.

KURKI, Visa (2017a) “Animals, Slaves and Corporations: Analyzing the Legal Thinghood”, en *German Law Journal. Special Issue: Traditions, Myths, and Utopias of Personhood*. Vol. 18 No. 05, pp. 1069-1090.

(2017b) “Why Things Can Hold Rights: Reconceptualizing the Legal Person”, en V.A.J. Kurki, T. Pietrzykowski (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Springer International Publishing AG (2017) Law and Philosophy Library, pp. 68-89.

(2019) *A Theory of Legal Personhood*, Oxford Legal Philosophy. Oxford.

(2021) “Legal Personhood and Animal Rights”, en *Journal of Animal Ethics* n11 (1): pp. 47-62.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2007) “Bien jurídico y objeto protegible”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. LV, 2007, pp. 119- 163.

LEIVA ILABACA, Carolina (2018a) “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*, Ed. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018, pp. 405-426.

(2018b) “Ley de tenencia responsable de mascotas y animales de compañía, N° 21.020-2017. ¿Constituye realmente un avance? Análisis crítico de sus puntos más oscuros”, en *DA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* 2018, vol. 9/4, pp. 51-61.

(2018c) “Dificultades probatorias en la persecución penal del delito de maltrato animal: una reflexión acerca de la prueba del sufrimiento como resultado típico”, en *Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador*, volume 13, número 03, Set-Dez 2018, pp. 07-23.

(2021a) “Animales y dignidad. Un análisis crítico”, en *Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais*, Salvador de Bahía, v. 4, n. 1, jan.-jun., 2021, pp. 95-114.

(2021b) ‘La responsabilidad penal de la persona jurídica por el maltrato animal en España. Una propuesta de “Lege ferenda”’, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 2021Núm. 63 (julio-septiembre), Análisis doctrinal.

LERNSTEDT, Claes y MATRAVERS; Matt (2022) “Introduction: The Criminal Law’s Person”, en LERNSTEDT, Claes y MATRAVERS; Matt, Eds, (2022) *The Criminal Law’s Person*, Hart Publishing, Oxford.

LINDROOS-HOVINHIMO, Susana (2017) “Private Selves. An Analysis from Legal Individualism”, en V.A.J. Kurki, T. Pietrzykowski (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Springer International Publishing AG (2017) Law and Philosophy Library.

VON LISZT, Franz (1882/1883) *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4° Ed., en BUSTOS RAMÍREZ (1981).

(1883) *La idea del fin en el Derecho Penal*. Trad. Castellana de AIMONE, Enrique. Ediciones Oleknik. Biblioteca de Derecho Penal y Procesal Penal. Santiago, Chile, 2020.

(1927) *Tratado de Derecho Penal*, trad. castellana de la 20ª edición alemana por JIMÉNEZ DE ASÚA, Ediciones Q. Saldaña, 2ª ed. Madrid 1927.

LOCKE, John (1689) *An Essay concerning Human Understanding with the Second Treatise of Government*. Wordsworth Classic of World Literature, Hertfordshire, 2014.

LOEWE, Daniel (2018) “Justicia y animales: estatus moral y obligaciones debidas hacia los animales”, en *Derecho Animal, Teoría y Práctica*, Eds. CHIBLE VILLANDANGOS, María José y GALLEGOS SAADE, Javier, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2018, pp. 51-75.

DE LORA DELTORO, Pablo (2019) “Sobre el amor (excesivo) a los animales no humanos. Notas críticas sobre el art. 337 del Código Penal”, en *Libro homenaje al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM Ediciones, Madrid, 2019.

MacCORMICK, Neil (1976) “Children’s Rights: A Test-Case for Theories of Right”, ARSP (Archiv Für Rechts-Und Sozial Philosophie) Bd. LXII/3 (1976) © Franz Steiner Verlag GmbH, Wiesbaden, BRD. En *The international Library of Essays in Law and Legal Theory. School 8. Rights*, Ed. NINO, Carlos. Universidad de Buenos Aires, 1992. Publicado por Dartmouth Publishing Company Limited.

MAIER, Julio (1992) “La víctima y el sistema penal”, en *De los delitos y las víctimas*, Vol. colectivo. Compilador MAIER Julio, Ed. BOVINO, Alberto y PASTOR, Daniel. AD-HOC S.R.L. Buenos Aires, Argentina. pp. 153-250.

MALDONADO, Francisco (2006) “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”, en *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, Año 2006, pp. 23-63.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2014a) “El Derecho penal de la víctima”, en *Revista Derecho y Humanidades*. N° 10, 2014, pp. 253-283.

(2014b) “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 2, pp. 473-522.

(2014c) “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N1 2, 2014, p. 21-70. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

(2014d) “La permisibilidad del aborto como problema ontológico”, en *Derecho y Humanidades* N° 23, 2014, pp. 305-333.

(2018) “Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos de derecho”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XXXI – N° 2 – diciembre 2018, pp. 321-337.

(2020) “Animalhood, interests and rights”, en *Journal of Human Rights and the Environment*. Vol. 11 No. 2, September 2020, pp. 156–172.

(2021a) “Los delitos contra la salud pública en situación de pandemia como delitos de peligro abstracto contra la salud individual. Una propuesta de interpretación de los arts. 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal”, en *Los delitos contra la salud pública durante la pandemia: Teoría y Praxis*, LONDOÑO, Fernando; MALDONADO, Francisco; MAÑALICH, Juan Pablo. Thomson Reuters, Santiago, 2021, pp. 127-237.

(2021b) “Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del Derecho penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 48, N° 2.

(2022a) “La criminalización del aborto bajo el principio del daño”, en prensa.

(2022b) “El injusto del maltrato de animal”, en *Revista Chilena de Derecho Animal*, vol 3, pp. 23-36, 2022.

MARCHENA DOMÍNGUEZ, José (2011) “El proteccionismo hacia los animales: interpretación histórica y visión nacional”, en *Los animales en la historia y la cultura*,

MORGADO GARCÍA, Arturo y RODRÍGUEZ MORENO, José Joaquín, Eds., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2011, pp. 191-220.

MARGUÉNAUD, Jean Pierre, BURGAT, Florence, y LEROY, Jacques (2020) *La Personnalité Animale*. Recueil Dalloz, Paris, 2020.

MARKET, Oswaldo (1992) “Ética y racionalidad en Kant”. Conferencia pronunciada el viernes 22 de abril de 1988. *Anales del Seminario Historia de la Filosofía*, 9, 59-75, Editorial Complutense, Madrid.

MARQUÉS Y BANQUÈ, María (2016), *Comentarios al Código Penal Español*, QINTEROS OLIVARES, Gonzalo (Dir) y MORALES PRAT, Fermín (2016), Ed. Thomson Reuter Aranzadi, 7ª Ed.

MARTORELL CORREA, Daniel (1995) “Reflexiones criminológicas sobre la víctima”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22 N° 2, pp. 343-346.

MATALLA, Susana (2013) “Yanaconas: indios conquistadores y colonizadores del Nuevo Reino de Granada, siglo XVI”, en *Fronteras de la Historia*, Vol. 18- 2 /2013. pp. 21-45.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre (2013) “Sobre el sentido y alcance del artículo 291 del Código Penal”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XXVI - N° 2 – diciembre 2013, pp. 137-166.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro (2011) “La victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal”, en *Revista Prolegómenos – derechos y Valores*. Vol. XIV, núm. 27, enero – junio, 2011. pp. 27-42.

MAYER, Hellmuth (1953) “Straferecht“. *JuristenZeitung* 8. Jahrg., Nr. 3 (5. Februar 1953), pp. 85-87, en HORMAZÁBAL MALARÉE (1991).

MAYR, Ernst (1991) *One long argument, Charles Darwin and the genesis of modern evolutionary thought*, Harvard University Press, citado en DE HARO, Juan José (1999) “¿Qué es una especie?”, *Bol. S.E.A.*, n° 26, 1999. p. 105-112. p107. Barcelona.

MELLA PÉREZ, Rodrigo (2018) “Evolución jurisprudencial del delito de maltrato o crueldad animal en Chile”, en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, pp. 147-176.

MEMORIAS DEL CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO DE CHILE, CDE 1992.

MENÉNDEZ DEL LLANO (2015) “La explotación sexual de animales en la Ley Orgánica 10/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal español”, recurso rescatado de [www.derechoanimal.info](http://www.derechoanimal.info).

(2017) “Evolución de la sanción penal por maltrato animal: el caso español”, en *Diario La Ley, No 9038, Sección Tribuna*, 11 de septiembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer, pp. 1-8.

MESÍAS RODRÍGUEZ, Jacobo (2018), “Los delitos de maltrato y abandono de animales en el Código Penal español”, en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* 2018, vol. 9/2, pp. 66-105.

MILL, John Stuart (1859) *On Liberty, Utilitarianism and Other Essays*, Oxford World's Classics, Oxford University Press, 2008, Oxford.

MIR PUIG, Santiago (2002) *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª edición, Montevideo – Buenos Aires, 2002.

(2005) “Límites del normativismo en Derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-18 (2005).

MIROSEVIC VERDUGO, Vlado (2015) *Liberales Plebeyos, el relato de un pipiolo del siglo XXI*, 1ª ed. Editorial RIL editores, Santiago, (2015); también en IZQUIERDO FERNÁNDEZ, Gonzalo (1990) *Historia de Chile*. 3 vol., Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, T. I, 1990.

McLEOD, Grant (2001) “Pigs, Boars and Livestock under the Lex Aquilia”, en *Critical*

*Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History*, eds. CAIRN, John W. y ROBINSON, Olivia F., Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2001), pp. 84-92.

MOMMSEN, Teodoro (1898) *El derecho penal romano, T. I.* Traducción del alemán por DORADO, P. (1999). Pamplona: Analecta ediciones y libros, 1999.

MOORE, Michael (1999) “Victims and Retribution: A Reply to Professor Fletcher”, en *The Buffalo Criminal Law Review*, 3 No 65 (1999-2000). pp. 65-89.

MORELLE HUNGRÍA, Esteban (2021) “El bienestar animal frente al equilibrio ecológico desde el derecho penal: el caso de la eliminación de cabras en Es Vedrà (Eivissa)”, en *De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador*, CUERDA ARNAU, María Luis (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia (2021), pp. 333-369.

MUÑOZ CONDE, Francisco (1975) *Introducción al Derecho penal*. 4ª reimpresión, Editorial IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2021.

(2011) “La herencia de Franz von Liszt”, *Revista Penal México*, núm. 2, julio – diciembre de 2011, pp. 57-73.

(2017) *Derecho penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 21ª Edición.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2019) *Derecho penal. Parte general*. 10ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, 2019.

NAFFINE, Ngaire (2003) “Who are Law’s Persons? From Cheshire Cats to Responsible Subjects”, *The Modern Law Review*, Limited 2003. (MLR 66:3, May). Published by Blackwell Publishing Ltd., Oxford UK, Malden USA.

(2009) *Law’s Meaning of Life: Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*. Hart Publishing, 2009. London.

(2017) “Legal Persons as Abstractions: The Extrapolation of Persons from the Male Case”, in En V.A.J. Kurki, T. Pietrzykowski (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial*

*Intelligence and the Unborn*, Springer International Publishing AG.

NAGEL, Thomas (1974) “What Is It Like to Be a Bat”, en *The Philosophical Review*, Vol. 83, No. 4 (Oct. 1974), pp. 435-450.

NAVA ESCUDERO, César (2019) “Los animales como sujetos de derecho”, en *dA Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2019, vol. 10/3, pp. 47-68.

NAVARRO, Roberto (2017) “Reformas al delito de abigeato: análisis de su legitimidad garantista y su eficacia”, en *Política criminal*, Vol. 12, No 24 (diciembre 2017), Art. 6, pp. 865-907.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo, “La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie”, en *Revista de Derecho*, vol. XXVI, N° 2 (2013).

OLMEDO DE LA CALLE, Eduardo (2021) “Pasado, presente y futuro de los delitos de maltrato animal en España”, en *De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador*, CUERDA ARNAU, María Luis (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia (2021), pp. 371-394.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (2013) “El renacimiento político-criminal de la víctima: una buena idea con desarrollos problemáticos”, en *Seminario La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica*, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2013.

PALAZZANI, Laura (2017) “Person and Human Being in Bioethics and Biolaw”, en V.A.J. Kurki, T. Pietrzykowski (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Springer International Publishing AG (2017) Law and Philosophy Library.

PAWLIK, Michael (2016) “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”, en *InDret 2/2016*, Barcelona, pp. 1-15.



PELOSSE, Valentin (1882) “Imaginaire social et protection de l’animal : Des amis des bêtes de l’an X au législateur de 1850 (2e partie) » en *L’Homme*, Jan. - Mar., 1982, T. 22, No. 1 (Jan. - Mar., 1982), pp. 33-51.

PÉREZ-RIVAS, Natalia (2017) “El modelo europeo de Estatuto de la Víctima”, en *Dikaion*, 26(2) (2017), pp. 256-282.

PIETRZYKOWSKI, Tomasz (2017a) “Towards Modest Naturalization of Personhood in Law, en *Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*.

(2017b) “The Idea of Non – Personal Subjects of Law”, in V.A.J. Kurki, T. Pietrzykowski (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Springer International Publishing AG (2017) Law and Philosophy Library.

(2017c) “Animal Rights”. Artículo presentado en la International Conference *RIGHTS FOR THE 21ST CENTURY? EXPLORING THE NEED FOR “NEW” HUMAN RIGHTS*, Tallinn, Septiembre 2017, parte del Proyecto de investigación HUR-MUR, financiando por la European Commission under the Horizon 2020, Twinning Programme.

(2018) *Personhood Beyond Humanism. Animal, Chimeras, Autonomous Agents and the Law*, Springer Briefs in Law. Switzerland.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, Cecilia (2004) *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 2ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago (2004).

PRATS, Elena (2020) “El delito de maltrato animal en España”, en *Revista jurídica de Cataluña*, núm. 4, año 2020, Thomson Reuters.

PURSHOUSE, Craig (2016) “A Defense of the Counterfactual Account of Harm”, en *Bioethics*, May 2016; 30(04), pp. 251-259.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1989) *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed. Marcial

Pons.

(2000) *Manual de Derecho penal*, 2ª Ed. Aranzadi.

RACHELS, James (1990) *Created from Animals. The Moral Implications of Darwinism*. Oxford University Press, New York, 1990.

RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio y FUENTES LOUREIRO, María Ángeles (2021) “El maltrato ¿justificado? de animales”, en *De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador*, CUERDA ARNAU, María Luis (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia (2021), pp. 395-416.

REQUEJO CONDE, Carmen (2010) *La protección penal de la fauna. Especial consideración del delito de maltrato a los animales*. Biblioteca Comares e Ciencia Jurídica, Colección: Estudios de Derecho Penal y Criminología, Granada, 2010.

(2015) “El delito de maltrato a los animales tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo”, recurso rescatado de [www.derechoanimal.info](http://www.derechoanimal.info).

RIEGO, Cristián (2014) “La expansión de las facultades de las víctimas en la reforma procesal penal y con posterioridad a ella”, en *Revista Política Criminal*, Vol. 9, Nº 18 (diciembre 2014), Art. 11, pp. 668-690.

RÍOS CORBACHO, José Manuel (2016) “Nuevos tiempos para el delito de maltrato de animales a la luz de la reforma del Código Penal español (LO 1/2015)”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-17 (2016).

(2021) “La consolidación de la Victimología verde a propósito del abandono y del maltrato animal”, en *De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador*, CUERDA ARNAU, María Luis (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia (2021), pp. 441-439.

ROBINSON, Olivia F. (1995) *The criminal law of ancient Rome*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1995.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis (1990) *Victimología: Estudio de la víctima*. Editorial Porrúa S.A. México, 1990.

RODRÍGUEZ PUERTA, María José (2020) “El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194. RECPC 22-14 (2020).

ROXIN, Claus (1976) “Sentido y límites de la pena estatal”, pp. 11-36, en *Problemas básicos del Derecho penal*, Trad. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Ed. Reus S.A., Madrid, 1976.

(1997) *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del delito*. Trad. LUZÓN PEÑA, Diego et al. Ed. Civitas, Madrid, 1997.

(2003) “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

(2013) “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, RECPC 15-01 (2013).

RUIZ RODRIGUEZ, L.R. (2008) “Posición y tratamiento de los animales en el sistema penal”, en *Los animales como agentes y víctimas de daños. Especial referencia a los animales que se encuentran bajo el dominio del hombre*, AA. VV, Barcelona: Editorial Bosch S.A.

SALINERO, Sebastián (2013) “La génesis de la víctima en Chile”. Ponencia en *Seminario La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica*, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2013.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (2008) “Los animales como agentes y víctimas de daños en el Derecho Civil”, en *Los animales como agentes y víctimas de daños. Especial referencia a los animales que se encuentran bajo el dominio del hombre*, AA. VV,

Barcelona: Editorial Bosch S.A.

SAMPEDRO – ARRUBLA, Julio Andrés (2008) “Apuntes para una rehumanización de la justicia penal: en busca de un modelo re-creativo del sistema penal de las víctimas”, en *Vnuversitas, ucls*. Bogotá, Colombia, N° 116, pp. 153-172, julio-diciembre 2008.

VON SAVIGNY, Friedrich Carl (1814) *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Universidad Carlos III de Madrid, Book Series: Legal History (2005).

SCHÜNEMANN, Bernard (2006) “Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Edición española, Atelier Libros Jurídicos, 2012, pp. 63-85.

SEARLE, John R. (1994) “Animal Minds”, en *Midwest Studies in Philosophy*: pp. 206 – 219.

SEELMANN, Kurt (2003) “El concepto de bien jurídico, el harm principle y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 373-382.

SEHER, Gerard (2003) “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 69-92.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2001) *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª Ed. Civitas Ediciones, 2001, Madrid.

(2008) *¿Nullum crimen sine poena?* Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol 29, N° 86-87, p. 149-172.

SIMMONDS, N.E. (1998) “Rights at the Cutting Edge” en MH Kramer, NE Simmonds y H Steiner, *A debate over Rights. Philosophical Enquiries*. Oxford University Press. Oxford, 1998.

SINGER, Peter (1975) *Animal Liberation*. Harper Collins Publishers. New York. 2009.

SOLÉ RIERA, Jaime (1997) *La tutela de la víctima en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

DE SOLÓRZANO PEREIRA, Juan (1703) *Política indiana: dividida en seis libros*. Editorial Henrico y Cornelio Verdussen. Bélgica.

SRIVASTAVA, Anila (2007) “‘Mean, Dangerous, and Uncontrollable Beasts’: Medieval Animal Trials”, en *Mosaic: A Journal for the Interdisciplinary Study of Literature*, 40.1 (2007), 127–143.

STAGL, Jakob (2015) “De cómo el hombre llegó a ser persona: Los orígenes de un concepto jurídico-filosófico en el derecho romano”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLV (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2015, pp. 373-401.

(2018) “La concepción gayana de ‘persona’ y la capacidad jurídica parcial de los esclavos”, en *Revista General de Derecho Romano* 30 (2018), IUSTEL, ISSN: 1697-3046, núm. 30, Junio (2018).

STEINER, Hillel (1998) “Working Rights” en MH Kramer, NE Simmonds y H Steiner, *A debate over Rights. Philosophical Enquiries*. Oxford University Press. Oxford, 1998.

STONE, Christopher (1972) “Should Trees have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects”, en *Environmental Legal Rights*, S. Cal. L. Rev. 450.

STUKI, Saskia (2020) “Towards a Theory of Legal Animal Rights: Simple and Fundamental Rights”, en *The Oxford Journal of Legal Studies*, 2020, Vol. 0, No 0 pp. 1-

28.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, José Ignacio (2017) “El modelo de justicia restaurativa tras la ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 13/2017, Bilbao, pp 139-175.

SYKES, Katie (2011) “Human drama, animal trials: what the medieval animal trials can teach us about justice for animals”, en *Animal Law*, Vol. 17:273.

SZCZARANSKI VARGAS, Federico (2012) “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, en *Política Criminal*, Vol. 7, N° 14 (diciembre 2012), Art. 5, pp. 378-453.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando (1995) “El Sujeto del Derecho”, en *Insomnia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 3 (octubre 1995), pp. 167-189. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

TAMARIT SUMALLA, Josep María (1998) *La víctima en el Derecho Penal. De la victimo-dogmática a una dogmática de la víctima*. Ed. Aranzadi, Pamplona, Navarra, 1998.

(2006) “La Victimología: Cuestiones conceptuales y metodológicas”, en *Manual de Victimología*; BACA, Enrique; ECHEBURÚA, Enrique, y TAMARIT, Josep María (Coords). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

(2017) “Una lectura victimológica del Estatuto Jurídico de las víctimas”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 13/2017, Bilbao, pp 115-138.

TOOLEY, Michael (1972) “Abortion and Infanticide”, en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 2, No 1 (Autumn, 1972), pp. 37-65.

TORIBIO, Aritz (2020) “La explotación penal de animales y la zoofilia en el Código Penal español”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, 2020 N° 20, junio-julio, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos humanos, Universidad de Barcelona, pp. 111-137.

VALGUARNERA, Filippo (2021) “Unlike any other thing”, en *Scandinavian Studies in Law, Volumen 67, Animal Law and Animal Rights*, coordinado por ZAMBONI, Mauro y KURKI, Visa (2021), pp. 52-67.

VIAL CORREA, Gonzalo (1957) *El Africano en el Reino de Chile. Ensayo histórico-jurídico* (Memoria de Prueba, para optar al Grado de Licenciado en Derecho, de la Universidad Católica de Chile), Instituto de Investigaciones Históricas. Santiago de Chile. Inscripción No 19.721.

VILLACURA GONZÁLEZ, Claudia (2005) *El delito de maltrato o crueldad con animales en Chile*. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile, 2005.

VILLEGAS DÍAZ, Myrna (2020) “Tenencia y porte ilegales de armas de fuego y municiones en el derecho penal chileno”, *Política Criminal*, Vol. 15, N° 30 (diciembre 2020), Art. 8, pp. 792-759.

WALDRON, Jeremy (2002) *God, Locke and Equality, Christian Foundations in Locke's Political Thought*. Cambridge University Press, 2002.

WELZEL, Hans (1965) *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 4ª reimpresión, Editorial IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

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

WINSCHIED, Bernhard (1900) *Lehrbuch des Pandektenrechts*, obra citada, traducida y transcrita en parte en el apéndice de la edición de la obra de VON IHERING, RUDOLF (1883) *La dogmática Jurídica*, traducción de PRÍNCIPE Y SANTORRES, Enrique (1946), Editorial Losada S.A. Buenos Aires.

WISE, Steven (2000) *Rattling the Cage. Towards Legal Rights for Animals*, A Merloyd Lawrence Book, Da Capo Press. Philadelphia, 2000.

WITTIG, Petra (2003) “Teoría del bien jurídico, Harm Principle y delimitación de ámbitos de responsabilidad”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 341-347.

WÖHLERS, Wolfgang (2006) “Derecho penal como última ratio. ¿Principio fundamental de Derecho penal de un Estado de derecho o principio sin un contenido expresivo propio?”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Edición española, Atelier Libros Jurídicos, 2012, pp. 109-128.

## **LEYES**

### **España**

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Código penal.

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

LO 2/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.



LO 8/2021, de 4 de junio, de protección legal integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Ley 17/2021 de 15 de diciembre, una consideración civil de los animales como “seres vivos dotados de sensibilidad”.

## **Chile**

Constitución Política de la República de Chile.

Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, N° 19.640 de 1999.

DFL 1, Código Civil.

Código Penal (1874).

Código Procesal Penal (2000).

Ley N° 18.859 de 1989, que modifica el Código Penal, en lo relativo a la protección animal.

Ley N° 20.380 de 2009, sobre protección de los animales.

Ley N° 21.020 de 2017, sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía.

Ley N° 19.473 de 1996, sobre caza.

Ley N° 21.067 de 2018, que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez.

Decreto 1007, de 2018, Reglamento que establece la forma y condiciones en que se aplicarán las normas sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía y determina las normas que permitirán calificar a ciertos tipos de especímenes caninos como potencialmente peligrosos”.

## **Instrumentos supranacionales**

Declaración de Naciones Unidas “sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, Resolución 40/34, Anexo A, puntos 1 y 2.

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, “Por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos”.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

## **Otros ordenamientos**

Code Civil, Francia.

Animal Welfare Ordinance, Suiza.

Animal Welfare Act, Suiza.

## **Recursos en línea (WEB)**

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000030250342/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000030250342/)

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029>.

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2008/416/de>

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2008/414/en>

<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>.

<https://dle.rae.es/>

<https://www.woah.org/es/que-hacemos/normas/codigos-y-manuales/acceso-en-linea-al-codigo-terrestre/?id=169&L=1&htmfile=glossaire.htm>

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029>

<https://www.nacionales.cl/valor-utm>.

<https://dictionary.cambridge.org/fr/dictionnaire/anglais/sentience>

<https://www.nonhumanrights.org/litigation/>

[www.derechoanimal.info](http://www.derechoanimal.info).

<https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-animales/docs/APLO-MALTRATO-ANIMAL.pdf>.

<https://es.scribd.com/document/376515335/Historia-Ley-18859>

<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6387/>.

Notas de prensa

[http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/sala\\_prensa/noticias\\_regional\\_det.do?id=9478](http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/sala_prensa/noticias_regional_det.do?id=9478)

<http://www.cooperativa.cl/noticias/sociedad/fauna/agresion-a-perro-cholito-moviliza-a-redes-sociales/2017-01-11/131856.html>

<https://www.sunderland.ac.uk/more/news/story/documentary-explores-200-year-old-legislation-protecting-animals-1923>

