

¿quién cree realmente que estemos rebosando derechos, salvo de los identitarios, reproductivos o similares? Para responder, basta preguntarnos: en política, ¿qué puedo hacer sin permiso ni intervención del gobierno? ¿A qué tengo derecho por mí mismo? ¿Puedo enfrentarme al poder? Basta repasar el índice del Código Penal español de 1973, redactado todavía en la Dictadura, y compararlo con el actual, que es unas cuatro veces más largo y penaliza todo lo imaginable, por la definitiva razón de que el Derecho Penal ha dejado de ser la rama jurídica de última intervención.

* * *

Hemos repetido que ciertos nuevos derechos contribuyen al actual asalto a la libertad personal. Los derechos de los grandes simios apoderan a los gobiernos, pero no a nosotros (y tampoco a los simios, en realidad). Sin embargo, diversos autores insisten en ver los nuevos derechos como una explosión de libertad, como Possenti, que recalca que la biopolítica es libertaria, o Cartabia cuando habla de “la corriente libertaria de los derechos de la privacidad”⁴³. Pero los nuevos derechos están revelándose adecuados para una sociedad de súbditos, y su expansión a veces tiene que ver directamente con el lucro (clínicas de fertilidad, gestación por subrogación).

Los derechos han pasado por diversas etapas, están en crisis y todavía podrán evolucionar, como todo; pero con sentido común y solo hasta una determinada línea roja, que quizá algunos nuevos derechos ya hayan traspasado. En cambio, no es difícil identificar un puñado de derechos clásicos que, si no existieran, habría que inventarlos. Y su supervivencia siempre será una buena noticia para el constitucionalismo y para el sujeto de los derechos: el ser humano libre, digno y con sentido común, que vive en una *polis* sometida al Derecho.

⁴³Cartabia, “La Edad...”, 79. La literalidad de su frase parece compatible con nuestra idea de que es una libertad, pero antipolítica, solo para lo privado.

LOS ANIMALES COMO SUJETOS DE DERECHOS. LA PARADOJA IDEOLÓGICA DE LA *SINTIENCIA**

*Silvia Marrama***

1. Introducción. 2. Análisis jurídico. 2.1. Normas. 2.2. Proyectos de ley. 2.3. Jurisprudencia. 2.4. Doctrina. 3. Análisis bioético. 4. La paradoja ideológica de la *sintiencia*. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El viernes 9 de abril de 2021 tuve ocasión de coordinar la primer Jornada del Ciclo denominado “Desvalorización del concepto de persona”, organizado por el Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas –presidido por el Dr. Eduardo Martín Quintana–, y a la par exponer sobre “Las personas no humanas. Análisis bioético y jurídico”, mientras que la Dra. Elba Martínez Picabea de Giorgiutti lo hizo, magistralmente, sobre las objeciones genéticas al concepto de persona no humana.

El tema abordado en este ciclo de jornadas es un intento de respuesta interdisciplinaria y científica a los signos de los tiempos *veganos* que

*Publicado en *Revista Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*. Edit. Erreius. Dir. Jorge Berbere Delgado. Número 5. Año 2021. Junio 2021, con la gentil autorización de la Revista y de la autora.

**Abogada-Mediadora, Doctora en Ciencias Jurídicas, Magíster en Desarrollo Humano, Profesora Superior en Abogacía, Especialista en Derecho Tributario. Especialista en Gestión de Bibliotecas. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Investigadora categorizada conforme “Programa de incentivos a docentes investigadores Dec. 2427/93”. Profesora en la Maestría de Derecho Tributario y en la Especialización en Derecho de Familia en la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” (PUCA). Profesora asociada ordinaria a cargo de la cátedra de Derecho Público y Privado en la Universidad Autónoma de Entre Ríos (UADER). Profesora adjunta interina a cargo de las cátedras de Legislación Agraria y de Ética y Deontología (UNER). Directora de Tesis de Grado y Doctorado y miembro de tribunales de grado y postgrado. Autora de un libro y coautora en diversas obras colectivas. Autora de numerosos artículos y notas a fallo. ORCID ID <http://orcid.org/0000-0002-2473-6448> marramasilvia@gmail.com

vivimos¹, y a la reactiva iniciativa de diversas comunidades educativas universitarias argentinas, de promoción del dictado de asignaturas de grado y postgrado o actividades extracurriculares referidas al denominado *derecho animal*².

En efecto, el tema despierta, desde hace tiempo, particular interés entre los alumnos universitarios, tal como lo señalé al publicar el artículo titulado "Atribución discrecional de la personalidad"³.

Los argumentos de los alumnos de las carreras de humanidades y ciencias sociales que promueven los derechos de los animales pueden sintetizarse en los siguientes: "Los animales son seres iguales a nosotros. Sienten. Son inteligentes y son capaces de diferenciar entre bienestar y sufrimiento. Este solo hecho es el que éticamente nos debe mover a respetar y considerar sus derechos". "Ellos tienen los mismos derechos que nosotros: a vivir sin ser perturbados, a desarrollarse libremente en su ambiente y a desarrollar sus hábitos naturales y comunes, pues ellos, al igual que nosotros, tienen un valor por sí mismos y no por lo que puedan servir a otros". "Los animales sí pueden tener derechos porque el derecho desde el punto de vista moral, ético o jurídico es una creación humana que podemos modificar a placer y solo hace falta que decidamos protegerlos por ley, así como hemos decidido usarlos por ley"⁴. La simple lectura de los argumentos devela diversos yerros y falacias antropológicas y jurídicas.

Por su parte, la mayoría de los alumnos de las carreras relacionadas con las ciencias biológicas, en particular, los de agronomía, observan este movimiento ideológico con estupor y preocupación, en miras de su futuro ejercicio profesional.

En la actual coyuntura, mostraré desde la bioética y el bioderecho algunas aristas preocupantes del tema, tales como los peligros que encierra la desvinculación del concepto jurídico de persona del concepto ontológico de persona, y la desvalorización del concepto de persona que subyace en el debate sobre los presuntos derechos de los animales.

¹Expresión utilizada por la Dra. María Marta Preziosa en su artículo titulado "Tiempos veganos", 25/01/2021, disponible en <https://empresa.org.ar/2021/tempos-veganos/> Fecha de consulta: 04/04/2021.

²Cfr. Polack, María Elena, "Derecho animal: la nueva materia que suma Abogacía por los casos de maltrato", 04/10/2019, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/derecho-animal-la-nueva-materia-que-suma-abogacia-por-los-casos-de-maltrato-nid2294013/> Fecha de consulta: 04/04/2021.

³Cfr. Marrama, Silvia, *Reflexiones sobre la atribución discrecional de la personalidad*. ED 270, 25/11/2016.

⁴Polack, María Elena, "Derecho animal: la nueva materia que suma Abogacía por los casos de maltrato", 04/10/2019, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/derecho-animal-la-nueva-materia-que-suma-abogacia-por-los-casos-de-maltrato-nid2294013/> Fecha de consulta: 04/04/2021.

2. ANÁLISIS JURÍDICO

2.1. NORMAS

El Código Civil argentino (1869) consideraba a los animales como cosas (es decir, objetos materiales susceptibles de valor, cfr. art. 2.312), muebles semovientes (cfr. art. 2.318), y dentro de esta categoría los clasificaba como cosas que se mueven por sí mismas. El art. 1.124 atribuía responsabilidad a sus propietarios por los daños que los animales domésticos o feroces causasen. Pocos años después, la Ley N° 2.786 (de 1891) sancionó con penas de multa o arresto a quienes realizasen malos tratos contra los animales. La referida ley fue sustituida por la N° 14.346, de 1954, aún vigente, que impone pena de prisión de 15 días a 1 año al que infligiere malos tratos o hiciera víctima de actos de crueldad a los animales, con la finalidad de evitar conductas brutales de los seres humanos y proteger su patrimonio, que se encuentra integrado por los animales como cosas muebles. Por su parte, la Ley N° 22.421 (1981) de conservación de la fauna protege a los animales en función de los beneficios que ellos brindan al ser humano. El Código Civil y Comercial (2.015) no introdujo cambios sustanciales en la legislación referida a los animales. Su art. 227 los califica –tal como lo hacía el código anterior– como *semovientes*, respecto de los cuales las personas pueden adquirir su dominio.

En consonancia con las disposiciones civiles, el Código Penal Argentino (1921) tipifica el delito de daños (cfr. arts. 183, 184 y 206) respecto de “una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno”, y el delito de abigeato (cfr. art. 167 ter, quater y art. 277 bis), ubicado metodológicamente entre los delitos contra la propiedad.

Dentro de las numerosas normas referidas a los animales, la Ley N° 24.481 (1995) sobre patentes de invención y modelos de utilidad establece en su art. 7 que no son patentables las invenciones cuya explotación en el territorio argentino “deba impedirse para proteger el orden público o la moralidad, la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales o evitar daños graves al medio ambiente”. Paradójicamente, los legisladores argentinos promueven la habilitación legislativa de experimentación e investigación con embriones humanos congelados⁵, a contrapelo de lo que ocurre en la Unión Europea (cabe

⁵Cfr. Proyecto de ley de protección de embriones no implantados. Expediente N° 1541-D-2019. Presentado en fecha: 05/04/2019, disponible en <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=1541-D-2019>. Ver análisis del proyecto en Marrama, Silvia. Análisis del Proyecto de Ley de protección de embriones no implantados. *El Derecho* Tomo 282; N° 14.616. Publicado el 25/04/2019. Cita Digital: ED-DCCLXXVII-771. Otros artículos referidos a proyectos legislativos sobre el tema pueden leerse en Marrama, Silvia. Proyecto de ley permisivo de la investigación y descarte de embriones humanos, *El Derecho* 261-623. (09-02-2015). Cita Digital: ED-DCCLXXV-54. Marrama, Silvia. Estrategia legislativa frente al

recordar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-34/10 mediante la cual, en la inteligencia de que todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación constituye un embrión, interpretó que no resulta patentable el procedimiento científico que implique la destrucción de embriones⁶).

Otras leyes nacionales que han contemplado disposiciones respecto de los animales son la Ley N° 24.819 (1997) de preservación de la lealtad y el juego limpio en el deporte, denominada prosaicamente *ley antidoping*, que reprime con pena de prisión de 3 meses a 3 años a quien suministrare a un animal sustancias estimulantes o depresoras que pudiesen modificar su rendimiento en competencias deportivas; y la Ley N° 27.330 (2016), que prohíbe las carreras de perros en todo el territorio nacional.

A nivel provincial y municipal llaman la atención disposiciones normativas que prohíben la *eutanasia animal* y promueven la *adopción* de animales. Ambos términos jurídicos –*eutanasia* y *adopción*– se refieren a los seres humanos, sin perjuicio de lo cual estas normas los aplican de modo impropio a los animales⁷.

Entre ellas, la ley provincial N° 7756 de Mendoza, que declara a la provincia “como Provincia No Eutanásica, entendiéndose por tal la prohibición del sacrificio de canes y felinos como sistema de control poblacional”⁸, y la Ley N° 13.879 de la provincia de Buenos Aires, que prohíbe en las dependencias oficiales de toda la provincia “la práctica del

congelamiento de embriones humanos, *El Derecho* 269-549 (26-08-2016). Cita Digital: ED-DCCLXXVI-213. Marrama, Silvia. Violencia biotecnológica: análisis del proyecto de ley 101/14, *El Derecho* 268 -890. (08-08-2016). Cita Digital: ED-DCCLXXVI-168. Marrama, Silvia. El paradigma protectorio y no discriminatorio en el Código Civil y Comercial, *El Derecho* 268-626. (13-06-2016). Cita Digital: ED-DCCLXXVI-62. Marrama, Silvia. Los derechos personalísimos en el Proyecto de Ley Nacional N° 0581-D-2014, *El Derecho* 259-757 (02-10-2014). Cita Digital: ED-DCCLXXIV-814.

⁶Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala). Asunto C-34/10, Oliver Brüstle c. Greenpeace eV, 18/10/2011. Disponible en <https://www.csjn.gov.ar/dbre/Sentencias/ue201034.html> Fecha de consulta: 28/03/2021.

⁷El término eutanasia proviene del latín *euthanasia*, y este a su vez del griego *εὐθανασία*, que significa “muerte dulce”. La Real Academia Española lo refiere a una persona y le reconoce los siguientes significados: “1. f. Intervención deliberada para poner fin a la vida de un paciente sin perspectiva de cura. 2. f. Med. Muerte sin sufrimiento físico”. Por su parte, paciente es la “4. m. y f. Persona que padece física y corporalmente, y especialmente quien se halla bajo atención médica. 5. m. y f. Persona que es o va a ser reconocida médicamente”. Por su parte la adopción “es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen” (cfr. art. 594 CCyC).

⁸Cfr. Ley N° 7.756 de la Provincia de Mendoza, promulgada el 21/08/2007 y publicada el 12/09/2007 en el Boletín Oficial provincial. Disponible en <http://www.saij.gov.ar/7756-local-mendoza-modificatoria-ley-7603-sobre-declaracion-mendoza-como-provincia-eutanasica-lpm0007756-2007-08-21/123456789-0abc-defg-657-7000mvorpyel> Fecha de consulta: 31/03/2021.

sacrificio de perros y gatos”⁹. Por su parte y a título ejemplificativo, cito la ordenanza municipal de Paraná N° 8678¹⁰ que prohíbe en la ciudad “la matanza y/o eutanasia de animales domésticos, todo acto de crueldad y maltrato, como así también, la utilización de estos para experimentación” (cfr. art. 2). Si bien la norma denomina *propietario* al *responsable* del animal (cfr. arts. 5 y 6), y el derecho de propiedad solo puede recaer –según nuestro derecho positivo vigente– sobre bienes y cosas (cfr. arts. 15 y 16 CCyC), el art. 7 de la ordenanza dispone, mediante la utilización impropia del término *adopción*, que “con el fin de disminuir la cantidad de animales sueltos en la vía pública, el municipio fomentará la adopción de animales sin dueño”.

Advierto que a la par que la legislación avanza en la protección de los animales, al punto de impedir su eutanasia, cabe lamentar que la Ley N° 26.742 (2012) –modificatoria de la ley de derechos del paciente N° 26.529 (2009)–, “legaliza” la eutanasia pasiva en el último párrafo del inc. e) del art. 2° y en los dos incisos (g) y h]) incorporados al art. 5° de la Ley N° 26.529, en abierta contradicción con lo establecido por el art. 11 de la Ley N° 26.529, que veda “desarrollar prácticas eutanásicas”, más allá de su contradicción con lo establecido por el art. 19 de la CN y concordantes disposiciones constitucionales. En efecto, la norma permite el rechazo de “procedimientos de hidratación y alimentación”, los cuales constituyen el soporte básico para la supervivencia del enfermo. Ello significa ni más ni menos que inducir a la muerte a una persona, es decir, matarla, violándose así el derecho indisponible a la vida humana. Esta modificación normativa del art. 2°, inc. e), y del art. 5°, incs. g) y h), de la Ley de Derechos del Paciente se encuentra agravada por la incorporación, en su art. 6°, de un párrafo que permite que esta eutanasia pasiva sea solicitada por los parientes del enfermo¹¹.

Una eutanasia solicitada por parientes del enfermo fue autorizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso conocido como *Marcelo Diez*. En efecto, las hermanas curadoras del paciente –que se encontraba en estado de coma a raíz de un accidente de tránsito–, solicitaron autorización judicial para el retiro, cese y abstención de todas las

⁹Cfr. Ley N° 13.879 de la Provincia de Buenos Aires, promulgada el 22/10/2008 y publicada el 06/11/2008 en el Boletín Oficial provincial N° 26013. Disponible en <https://normas.gba.gov.ar/ar-b/ley/2008/13879/2982> Fecha de consulta: 31/03/2021.

¹⁰Cfr. Ordenanza N° 8.678 de la Municipalidad de Paraná, sancionada el 27/07/2007, promulgada el 31/07/2007 y publicada el 12/09/2007 en el Boletín Oficial provincial N° 23.860.

¹¹Cfr. Marrama, Silvia. Ley nacional 26.529: interpretación, análisis crítico y propuestas de reforma, *El Derecho* 245-881 (11-11-2011). Cita Digital: ED-DCCLXXII-681.

Marrama, Silvia. La Ley N° 26.742 y su interpretación a la luz de un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *El Derecho* 248-802 (13-06-2012). ED-DCCLXXIII-128.

Marrama, Silvia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza el control de convencionalidad de una sentencia del Consejo de Estado francés, *El Derecho* 259-555 (01-09-2014). Cita Digital: ED-DCCLXXIV-726.

medidas de soporte vital. La Corte autorizó la supresión de la hidratación y alimentación de Marcelo Diez, así como de todas las medidas terapéuticas que lo mantenían con vida, con fundamento en la reforma mencionada en el párrafo anterior a la Ley N° 26.529, dado que el paciente se encontraba imposibilitado de expresar su voluntad respecto de la eutanasia¹².

Para finalizar este acápite, considero necesario señalar que, pese a que los considerandos de diversas normas administrativas la citan como fundamento, no constituye norma positiva vigente en Argentina la Declaración Universal de los Derechos de los Animales (1977), adoptada por la Organización de las Naciones Unidas y por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

2.2. PROYECTOS DE LEY

Teniendo en cuenta solamente el mes de abril de 2021, se cuentan 4 proyectos de ley de protección de los animales ingresados por mesa de entradas de la cámara baja: a) Proyecto de ley de la diputada cordobesa Brenda Austin, expediente N° 1426-D-2021, publicado en Trámite Parlamentario N° 31, fecha: 14/04/2021, sobre maltrato y crueldad hacia los animales; b) Proyecto de ley de la diputada tucumana Beatriz Ávila, expediente N° 1381-D-2021, publicado en Trámite Parlamentario N° 30, Fecha: 13/04/2021, titulado Régimen de promoción, protección y preservación del animal. Se instituye el día 23 de septiembre de cada año como “día de la adopción animal”; c) Proyecto de ley de la diputada Graciela Camaño, expediente N° 1358-D-2021, publicado en Trámite Parlamentario N° 30, fecha: 13/04/2021, con el objeto de “reconocer, consagrar y asignar a los animales la categoría de ‘persona no humana’ y sujetos de derechos”; y d) Proyecto de ley de los diputados Albor Cantard, Juan Martín, Brenda Austin y Gisela Scaglia, expediente N° 1193-D-2021, publicado en Trámite Parlamentario N° 25, Fecha: 06/04/2021, que propone la incorporación de los arts. 227 bis y 1982 bis al Código Civil y Comercial de la Nación, estableciendo que los animales no son cosas sino seres sintientes y con necesidades biológicas y sus propietarios deben garantizar su bienestar.

El diputado Lipovetzky informó en una reunión plenaria conjunta de las comisiones de legislación penal y legislación general de la Cámara de Diputados de la Nación, celebrada el 11 de abril de 2019, acerca de la existencia de “alrededor de veinte proyectos” de reforma de la Ley N° 14.346, y mencionó además “dos proyectos nuevos que se han incorporado al temario: expediente 1120-D-2019 del señor diputado Negri, proyecto de ley por el cual se prohíbe el establecimiento de espectáculos de características circenses que ofrezcan como atractivo principal o secundario la exhibición, exposición, explotación, uso y/o participación de

¹²Cfr. CSJN, “D., M. A. s/declaración de incapacidad”, 07/07/2015. Fallos: 338:556.

animales; y el expediente 1250-D-2019 de la diputada Silvia Martínez, proyecto de ley sobre protección de los animales, modificaciones a los artículos 1° y 2° de la Ley N° 14.346”¹³.

En líneas generales, se trata de proyectos legislativos que tienden a modificar la categoría jurídica actual de los animales –es decir, cosas–, fundados en el *carácter sintiente* que poseen, en miras de considerarlos como sujetos de derecho.

2.3. JURISPRUDENCIA

Existen diversos fallos en Argentina que condenan actos de crueldad contra animales con fundamento en la ley vigente N° 14.346. Me limitaré a citar la reciente sentencia del 21/10/2020 dictada por la Corte salteña en la causa “B., R. M. por actos de crueldad contra animales y amenazas con armas (dos hechos) – Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, mediante la cual se desestimó el recurso de queja interpuesto por el imputado condenado por resultar autor material y penalmente responsable de los delitos de actos de crueldad animal y amenazas con arma, en concurso real, a 3 años de prisión en suspenso y –entre otras reglas de conducta– la realización de tareas que contribuyan al aseo o mantenimiento edilicio de los espacios con los que cuenta la Dirección General de Protección Animal de la Municipalidad de Salta por 1 año. La condena se fundó en lo establecido en los arts. 1 y 3 inc. 7° de la Ley N° 14.346, y en los arts. 149 bis 1er párr. 2do sup., arts. 45, 55, 26, 27 bis inc. 8°, art. 29 3er párr., arts. 40 y 41 del Código Penal¹⁴.

Sin perjuicio de ello, existe jurisprudencia que, sin andamiaje en el derecho positivo vigente, ha invocado como fundamento de sus fallos presuntos derechos de los animales y los ha considerado sujetos de derecho. Como ejemplo, cito la reciente resolución recaída en el Incidente de apelación en autos “S., F. M. sobre 89 – lesiones leves”, en la cual se debatió si los 3 perros de raza *pitbull* utilizados para cometer los delitos imputados, constituían “efectos secuestrados a restituir” a la imputada (cfr. arts. 93, 108, 112 y 114 CPPCABA) o sujetos de derechos a tutelar. En el referido proceso penal se investigaron una serie de hechos en los que la imputada habría amenazado a distintas personas con emplear a sus perros de raza *pitbull* contra ellas o sus animales domésticos y habría lesionado

¹³Versión taquigráfica de la reunión plenaria conjunta de las comisiones de legislación penal y legislación general de la Cámara de Diputados de la Nación para tratar los diferentes proyectos de ley de protección animal, 11/04/2019, disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/comisiones/permanentes/clpenal/reuniones/vt/vtcom.html?id=5540>. Fecha de consulta: 01/04/2021.

¹⁴Cfr. Corte de Justicia de Salta. N° CJS 40.661/20, “B., R. M. por actos de crueldad contra animales y amenazas con armas (dos hechos) – Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, 21/10/2020. elDial.com - AAC086

con uno de los canes a una víctima y a su perro de raza *shar pei* chino. El incidente de apelación se originó en la resolución del juez de grado que dispuso no hacer lugar a la devolución de los perros de raza *pitbull* a la esfera de custodia de la imputada. El fallo decreta que “los animales secuestrados en las presentes actuaciones no son objetos inmateriales sino de seres vivos susceptibles de derechos”, por ello “...a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derecho, pues los sujetos no humanos son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente”¹⁵.

2.4. DOCTRINA

La doctrina que promueve la consideración de los animales como sujetos de derecho reconoce a Zaffaroni como uno de sus principales exponentes. El autor sostiene que “la discusión acerca del bien jurídico en los delitos de maltrato de animales –que hoy existen en casi todas las legislaciones–, encierra en definitiva la cuestión acerca de la existencia de derechos de los animales o, más ampliamente, si hay sujetos de derechos no humanos”. A su juicio, el bien jurídico protegido en el delito de maltrato de animales es el derecho del propio animal a no ser objeto de la crueldad humana, “para lo cual es menester reconocerle el carácter de sujeto de derechos”. Luego de reconocer que esta posición es minoritaria entre los penalistas, en un párrafo que merece ser reproducido íntegramente alega, contra quienes niegan a los animales el carácter de sujetos de derecho, que “El argumento de que no es admisible el reconocimiento de derechos porque no puede exigirlos (ejercer las acciones, hacerse oír judicialmente) no se sostiene, porque son muchos los humanos que carecen de capacidad de lenguaje (oligofrénicos profundos, fetos) o que nunca la tendrán (descerebrados, dementes en los últimos estadios) y, sin embargo, a nadie se le ocurre negarles este carácter, so pena de caer en la tesis genocida de las vidas sin valor vital de una de las cúspides del pensamiento penal, considerada por la mayoría como un pecado de ancianidad o algo parecido”¹⁶.

La advertencia de Zaffaroni sobre el peligro de caer en la tesis genocida de vidas sin valor vital no fue tenida en cuenta por el Congreso de la Nación al sancionar la Ley N° 27.610 (2020) de aborto, denominada eufemísticamente “acceso a la interrupción voluntaria del embarazo”.

¹⁵Cfr. Cámara de apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y Faltas de CABA - Sala I, Incidente de apelación en autos “S., F. M. sobre 89 – lesiones leves”, 13/10/2020, elDial.com – AAC079.

¹⁶Zaffaroni, Eugenio R.. La Pachamama y el humano, en Sección Doctrina. *Revista Pensamiento Penal*, publicado el 29/07/2015, 16 ss. Disponible en <http://www.pensamiento-penal.com.ar/system/files/2015/07/doctrina41580.pdf> Fecha de consulta: 31/03/2021.

3. ANÁLISIS BIOÉTICO

Algunas de las corrientes ideológicas que promueven la consideración de los animales como sujetos de derecho los distinguen como seres *sintientes* y *conscientes*. Entienden la *sintiencia* como una capacidad de sentir que excede la mera reacción frente a un estímulo, y la asocian con la *conciencia*. Fundan sus afirmaciones en los estudios de Rodolfo Llinás, quien sostiene que “No solo los seres humanos tienen conciencia; esta le pertenece en diferentes grados a todos los animales que cuentan con sistema nervioso, y de manera particular también las propias células la poseen”¹⁷. El neurofisiólogo colombiano sostiene que la conciencia surgió del proceso evolutivo bajo la acción de la selección natural, dado que constituye un instrumento eficaz en la lucha por la supervivencia y la reproducción de los individuos. Entiende que el control de la motricidad de los organismos es el factor fundamental que ha condicionado la evolución del sistema nervioso y, en último término, la evolución de la conciencia, ya que el dirigir los movimientos del organismo es la función primordial del sistema nervioso, y afirma que los estados mentales tienen como función básica la predicción de los resultados de cada movimiento corporal. “A medida que se incrementó la complejidad de las estrategias de movimiento de los organismos, se produjo también un incremento en la capacidad predictiva del sistema nervioso que condujo hasta la mente consciente”¹⁸.

Otros juristas fundan los presuntos derechos de los animales en la posición de Peter Singer, quien identifica a la persona con el ser autoconsciente que puede sufrir, y por lo tanto puede ser considerado sujeto moral y jurídico. De este modo –señalan Vigo y Herrera–, Singer no solamente desconoce el estatus de personas de algunos seres humanos (embriones, fetos, deficientes mentales, enfermos comatosos) sino que al mismo tiempo reconoce el *status* de persona a seres no humanos, como pueden ser los monos superiores, e incluso afirma que con el tiempo se podrá demostrar que otros animales son también conscientes de su propia existencia en el tiempo y pueden razonar y sufrir. Singer afirma la existencia de una continuidad entre los animales y el hombre, y renuncia a la distinción entre animales humanos y no humanos. Por otra parte, distingue entre los conceptos de ser humano y persona. Al utilizar el término persona para referirse al ser racional en acto y autoconsciente, deduce que habría seres humanos que no son personas, sin perjuicio de lo cual afirma que todos

¹⁷El neurofisiólogo Rodolfo Llinás visita México, 08/04/2010, disponible en <https://www.universia.net/mx/actualidad/actualidad.orientacion-academica.neurofisiologo-rodolfo-llinas-visita-mexico-72355.html>. Fecha de consulta: 31/03/2021.

¹⁸Castro Nogueira, Laureano; Toro Ibáñez, Miguel Ángel. *Neurobiología de la conciencia: la actividad mental de la materia*. Disponible en <https://www.revistadelibros.com/articulos/neurobiologia-por-una-teoria-de-la-conciencia>. Fecha de consulta: 31/03/2021.

los seres humanos –en tanto seres capaces de sufrir– deben ser objeto de protección. “Al haber renunciado a la distinción entre animales humanos y no humanos, podríamos negarnos a establecer una distinción entre personas y aquellos que no son personas y, en vez de ello, insistir en que todos los seres vivos o, quizá más convincente, todos los seres capaces de experimentar placer o dolor tienen el mismo derecho a la vida”¹⁹.

Si bien podría calificarse –de cierto modo– alguna facultad de los animales como conciencia sensitiva²⁰, cabe preguntarse si el carácter de persona y de sujeto de derecho radica en ella. Adelanto mi respuesta negativa: el carácter de persona y de sujeto de derecho radican en el fundamento ontológico y diferencia esencial del ser humano respecto del animal.

El carácter de persona radica en la naturaleza racional propia y distintiva del ser humano, razón por la cual los conceptos de persona y de ser humano son inescindibles. Cabe recordar que Boecio define la persona como sustancia individual de naturaleza racional. La substancia es aquello que subsiste en sí sin adherirse a otro, mientras que el accidente, por el contrario, necesita de una substancia en la cual inherir. Un hombre adulto es la misma sustancia que se encontraba en el seno materno, han cambiado sus accidentes, pero es “el mismo”, unidad ontológica que se denomina sustancia. El individuo, por su parte, es aquello que es en sí indistinto y distinto de todos los otros. Los términos individuo y persona de ninguna manera son opuestos, pero tampoco son idénticos totalmente, puesto que la persona no solo expresa a un individuo de la especie o sustancia individual sino que sobre todo significa incomunicabilidad o individualidad de subsistencia. La persona es el sujeto que tiene en sí mismo de manera indivisible, independiente e incomunicable, además de la naturaleza individual, la existencia y todos los accidentes²¹.

¹⁹Cfr. Singer, P. Repensar la vida y la muerte: el derrumbe de nuestra ética tradicional. Paidós: Barcelona, 1997, 216. Cit. por Vigo, Rodolfo L.; Herrera, Daniel A.. El concepto de persona humana y su dignidad. En *Personas Humanas*. Dirs. Alegría, Héctor; Mosset Iturraspe, Jorge. *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2015-3. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 2015, 27.

²⁰El significado etimológico del término *conciencia* –del latín *conscientia*– refiere al darse cuenta o al reconocimiento de algo, ya sea de algo exterior –como un objeto, una cualidad, una situación–, o bien de algo interior –como las modificaciones experimentadas por el propio yo–. Este significado a su vez puede desdoblarse en tres sentidos: (a) el psicológico; (b) el epistemológico o gnoseológico, y (c) el metafísico. En sentido (a) la conciencia es la percepción del yo por sí mismo. En sentido (b) la conciencia es el sujeto del conocimiento. En sentido (c) la conciencia es el yo. Dentro de cada uno de los sentidos (a), (b) y (c), se han establecido varias distinciones tales como: conciencia directa y refleja; conciencia no intencional e intencional, y también conciencia intelectual y sensitiva. Cfr. Ferrater Mora, J. *Diccionario de Filosofía*. Buenos Aires: Sudamericana, 1951. 5ta. ed. Tomo I. A-K, 322-325.

²¹Cfr. Marrama, Silvia. *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*. Paraná: Editorial Dictum, 2012. Colección “Doctrina”. DOI: 10.13140/RG.2.2.19166.18248, 85-93.

La individuación no solo adviene al ser humano por la materia, sino sobre todo por la forma que le es propia, exclusiva e individual y que es identificada con el componente espiritual del ser humano: el alma racional. Gracias a la presencia del alma racional el cuerpo humano se determina, se organiza y se diferencia; esta es además la condición ontológica necesaria para el ejercicio de las actividades humanas inferiores y superiores, aunque no es reductible a ellas. Por eso el alma preserva la “identidad” del hombre a través del cambio de su materia. Es decir que para poder afirmar que una substancia determinada es persona, se debe evaluar si posee naturaleza racional²².

La igualdad ontológica de los hombres se fundamenta en su naturaleza racional, que los distingue de los animales, vegetales e inanimados. Porque la naturaleza de cada ser se manifiesta por su operación. Ser racional es un modo de ser que se expresa por especiales actos (de inteligencia y voluntad), los cuales hacen posibles otras funciones (lenguaje, moralidad, técnica). La presencia de un fundamento ontológico (substancia) garantiza la unidad interna y la continuidad en el tiempo del ser humano personal, desde el momento de su constitución como organismo. Si bien la persona se manifiesta mediante sus capacidades y se expresa en sus comportamientos, no se agota ni se reduce a ellos. Por lo tanto, el no ser en acto de determinados caracteres o comportamientos (tal el caso de la vida humana prenatal), no equivale a la ausencia de la persona. La persona está antes y más allá de la expresión de sus capacidades y comportamientos: es racional porque posee un alma racional e inmortal que la erige en sustancia dotada de una particular dignidad entre todas las otras sustancias materiales²³.

También debo destacar el hecho de que todas las potencias humanas están transidas de racionalidad. Es decir que las potencias vegetativas y animales si bien se encuentran tanto en los animales como en los seres humanos, no se dan del mismo modo en ellos. No existe solo una diferencia de grado, sino que la diferencia es esencial.

Por otra parte, el hombre es la única criatura digna. El fundamento de su dignidad radica en su estructura o estatuto ontológico, y en su superioridad sobre todo lo creado, fundada en el fin para el cual ha sido creado. La realización del fin del hombre –en lo cual radica su felicidad– consiste en alcanzar en la máxima plenitud posible para él, el objeto al cual tienden las potencias superiores de su alma racional (inteligencia y voluntad), que le son propias y lo distinguen de los animales. El objeto del acto de la inteligencia –conocer– es la verdad. El objeto del acto de

²²Cfr. Marrama, Silvia. *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*. Paraná: Editorial Dictum, 2012. Colección “Doctrina”. DOI: 10.13140/RG.2.2.19166.18248, 85-93.

²³Cfr. Marrama, Silvia. *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*. Paraná: Editorial Dictum, 2012. Colección “Doctrina”. DOI: 10.13140/RG.2.2.19166.18248, 85-93.

la voluntad –amar– es el bien. Por tanto, la felicidad del hombre consiste en conocer la verdad y amar el bien. El hombre, por tanto, supera a todas las demás criaturas por la perfección de su naturaleza racional y por su fin específico, y en ello radica su dignidad intrínseca²⁴.

En resumen y por todo lo antes expuesto, considero²⁵ que el ser humano es un compuesto substancial de alma racional y cuerpo desde el comienzo de su existencia (la fecundación del óvulo por el espermatozoide), y que desde ese mismo momento es persona. Y que es digno por su perfección y su fin propio²⁵.

Dada la subalternación de los saberes²⁶, el concepto ontológico de persona descrito a partir de la definición de Boecio –substancia individual de naturaleza racional– funda el concepto de persona en el plano moral –sujeto del obrar–, y en el plano jurídico –sujeto de derechos y obligaciones–. Esta concepción es la que traslucen los principales tratados de derechos humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece en su art. 2, 1. que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”, y en su art. 6 que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Ello se funda en lo expuesto en su Preámbulo, que parte de la consideración de que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, y que “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), considerando que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”, afirma en su Preámbulo que “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento

²⁴Cfr. Marrama, Silvia. *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*. Paraná: Editorial Dictum, 2012. Colección “Doctrina”. DOI: 10.13140/RG.2.2.19166.18248, 85-93.

²⁵Cfr. Marrama, Silvia. *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*. Paraná: Editorial Dictum, 2012. Colección “Doctrina”. DOI: 10.13140/RG.2.2.19166.18248, 85-93.

²⁶Cfr. Quintana, Eduardo M., *Derecho y moral: ¿separación o subalternación?*, en “El Derecho” (Buenos Aires, 19/01/93), Año XXXI, N° 8164.

del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos... Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan". "Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría. Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre".

Quiero finalizar este acápite afirmando categóricamente que la fundamentación ontológica del concepto de persona y de la dignidad humana jamás podrá ser superada por la mera mención de la "voluntad del legislador" o de la "voluntad de la ley" como fundamento de la negación a algún ser humano del carácter de persona o de su dignidad.

4. LA PARADOJA IDEOLÓGICA DE LA *SINTIENCIA*

La promoción de la atribución de personalidad a los animales es ideológica. Entiendo la ideología como la absolutización de una parte de la verdad, erigiéndola como el todo.

Si bien puede compartirse la afirmación respecto de la existencia de potencias sensibles en los animales, su *sintiencia* no es suficiente para sostener que son ontológicamente personas y jurídicamente sujetos de derechos. Menos aún puede sostenerse la superioridad de los animales respecto de algunos hombres que atraviesan distintas circunstancias de su vida (tales como una enfermedad o una determinada edad o grado de desarrollo), superioridad que trasuntan las normas vigentes y proyectadas mencionadas en este trabajo, que otorgan protección jurídica desigual, v.gr. a animales respecto de niños por nacer.

Se evidencia así lo que denomino la paradoja ideológica de la *sintiencia*. Al respecto, cabe tener presente que el hombre es el sintiente por antonomasia. Su sensibilidad está transida de racionalidad. Y es el ontológicamente sintiente por excelencia desde el comienzo de su existencia, más allá de la aparición de la línea primitiva o neural. Es sabido en el ámbito académico que la creación de la categoría *preembrión* para referirse al embrión humano antes de los 14 días de existencia es arbitraria, y que los argumentos pseudocientíficos para fundamentarla se desarrollaron con posterioridad a que se acuñase el término²⁷.

Sellés señala que la distinción entre el hombre y el animal a nivel vegetativo (nutrición, reproducción y desarrollo) y cinético no es solo de grado, sino que es radical, y concluye que cada una de esas funciones humanas es esencialmente distinta de las de los animales, y que tam-

²⁷Cfr. Marrama, Silvia. *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*. Paraná: Editorial Dictum, 2012. Colección "Doctrina". DOI: 10.13140/RG.2.2.19166.18248, 46-51.

bién lo es el orden y jerarquía entre ellas. Si se toma en consideración, junto a los movimientos, el conocimiento y los apetitos sensibles, las distinciones esenciales entre el hombre y el animal son aún mayores. “El conocimiento animal es indisoluble de sus apetencias y estas, de su conducta instintiva”. El hombre, por el contrario, es capaz de quebrar la vinculación que existe entre aquellas fases. “Escindirlas supone no estar encuadrado en el orden del universo, sino formar un nuevo orden según las directrices de cada quien”. De este modo, “lo superior en el hombre no es ni la tendencia ni la conducta, como en los animales, sino que estas son medios para conocer. Por eso somos conscientes de nuestras tendencias y movimientos y podemos regularlos, asunto ausente en los animales. Mientras la conducta animal regula su modo de proceder tendencial y cognoscitivo, en el hombre pasa al revés: es su conocer el que regula su tendencia y su comportamiento. Por lo demás, es obvio que la conducta humana está subsumida bajo la razón o, al menos, debería estarlo”. El animal reduce al mínimo su conocimiento sensible (en rigor, lo instrumentaliza), de modo que los asuntos por conocer que quedan al margen de su tendencia no le resultan apetecibles. En el hombre sucede lo inverso: solo el conocer lo anima. A la par, el animal reduce al mínimo su tendencia para dar paso a la conducta, de modo que lo más importante en el animal son los *movimientos* que realiza, y dado que estos son *físicos*, y todo movimiento físico –causa eficiente– está enteramente regulado y subordinado al *orden universal* –la causa final–, el animal está sometido completamente al *fin* intramundano. En el hombre, en cambio, sus movimientos están subordinados a sus tendencias, y estas, a su conocimiento sensible. “Además, el conocer sensible de sus sentidos internos (imaginación, memoria cogitativa) salta por encima del orden cósmico. En este sentido se podría llamar al hombre ‘animal supracósmico’. Pero tampoco esta es una buena definición, porque, en rigor, el hombre *no es un animal*, ni siquiera a nivel vegetativo y cinético”. En suma, si a nivel vegetativo y cinético, el hombre es *radicalmente* distinto de los animales –y no solo *de grado*–, y estas funciones son las más elementales de todo ser vivo, en rigor *el hombre –a nivel sensible– ni es ni puede ser nunca un animal*²⁸.

5. CONCLUSIONES

El carácter de persona radica en la naturaleza racional del ser humano. La atribución de personalidad a los animales, fundado en la *sintiencia*, es ideológica.

²⁸Cfr. Sellés, Juan Fernando. Distinción entre el hombre y el animal en sus funciones vegetativas y cinética, en *Revista Persona y Bioética*, vol. 11 N° 1, Facultad de Medicina, Departamento de Bioética: Bogotá, Enero/Junio 2007.

La desvinculación del concepto jurídico de persona del concepto ontológico de ser humano, tiene como principal consecuencia negativa, la atribución discrecional de la personalidad solo a algunas personas humanas en algunas circunstancias de su vida, en razón de su estado de salud (enfermos terminales o personas con discapacidad) o su grado de desarrollo o de su edad (niños por nacer y ancianos), y desencadena –parafraseando el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos– “actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”.

Sostengo que la paradoja que estos tiempos veganos presentan es la promoción de derechos de los animales por su condición de *sintientes*, por un lado, y la negación de los mismos derechos a los seres vivos sintientes por antonomasia: los seres humanos. Y afirmo que esta paradoja es ideológica, debido a que absolutiza una parte de la verdad científica.

Concluyo estas reflexiones afirmando categóricamente que la fundamentación ontológica del concepto de persona y de la dignidad humana jamás podrá ser superada por la mera mención de la “voluntad del legislador” o de la “voluntad de la ley” como fundamento de la negación a algún ser humano del carácter de persona o de su dignidad.

