

¿PUEDE INCLUIRSE A LOS PERROS DENTRO DEL CONCEPTO DE ARMA IMPROPIA A LOS FINES DEL AGRAVANTE?*

JUAN FRANCISCO GIORDANI**

Resumen: El presente trabajo pretende brindar un panorama respecto de los temas axiales o troncales que se presentan en torno a determinar si la utilización de perros para cometer ciertos delitos puede ser reputado por agravante teniendo en cuenta su asimilación a un arma impropia o, en realidad, nos encontramos ante un acto de maltrato animal a luz de las nuevas tendencias que conceptúan al animal como sujeto de derecho y no cosas. Se analizará el tratamiento jurisprudencial que recibe la terminología de arma impropia y aquellas situaciones problemáticas que surgen en la práctica, de mayor trascendencia, que dejan al descubierto la disparidad de criterios. También se examinará, brevemente, el enfoque jurisprudencial que considera al animal no humano sujeto de derecho. De este modo se mostrarán las distintas posibilidades del órgano jurisdiccional ante un caso concreto, debido a la disimilitud e incoherencia de las distintas fuentes del derecho que tratan la temática.

Palabras clave: animal — perro — arma impropia — sujeto de derecho

Abstract: This paper aims to provide an overview of the axial or core issues that arise around determining whether the use of dogs to commit certain crimes can be considered an aggravating factor, considering their assimilation to an improper weapon, or, in fact, we are faced with an act of animal abuse under the light of the new trends that conceptualize the animal as a subject of law and not an object. The jurisprudential treatment received by the terminology “improper weapon” will be analyzed, as well as those problematic situations that arise in practice, of greater importance, revealing the disparity of criteria. The

* Recepción del original: 19/06/2020. Aceptación: 26/07/2020.

** Estudiante de Derecho, UBA. Quiero agradecer a la profesora Dra. Mariana Trebisacce por sus palabras hacia mi trabajo, a la insistencia por publicarlo, y por su apasionada lucha por la protección de los animales no humanos.

jurisprudential approach that considers the non-human animal a subject of law will also be briefly examined. In this way, the different possibilities of the court before a specific case will be shown, due to the dissimilarity and inconsistency of the different sources of law that deal with the subject.

Keywords: animal — dog — improper weapon — subject of law

I. INTRODUCCIÓN

Desde antaño, la jurisprudencia y la doctrina han debatido sobre lo que debe entenderse por arma a los fines de tener por acreditado el agravante. Una vez puesta en análisis la cuestión, se desprendió otro interrogante debido a la casuística tendiente a determinar si ciertos elementos pueden ser incluidos en la esfera del concepto terminológico de arma. La discusión pasó a un siguiente nivel a causa de la utilización de ciertos medios, objetos o formas de llevar a cabo conductas criminales que condujeron a profundizar más el tema. La porfía, principalmente, se centró en dilucidar el concepto de arma y cuáles deben ser *per se* y cuáles no. Así emerge una calificación en propias e impropias. En estas últimas es donde nos vamos a focalizar, debido a la unificación de criterios que sentaron las bases para conceptualizar qué es un arma propiamente dicha.

Los residuos de la controversia se centraron en dos posturas disimiles que se dan especialmente en el delito de robo con armas, tipificado en nuestro Código Penal en el artículo 166, inciso 2. Sin embargo, no es ajeno a otros delitos, debido a que la utilización de un arma en la realización de otras figuras puede resultar un agravante.

II. POSTURAS JURISPRUDENCIALES EN TORNO AL CONCEPTO DE ARMA IMPROPIA

¿Qué entendemos por arma impropia? Primordialmente, se puede decir que son aquellos objetos que sin ser armas propiamente dichas, y habiendo sido fabricadas para diverso destino, se emplearon ocasionalmente para producir un daño en el cuerpo o en la salud de una persona. Esto determinará que el juez aprecie, en el caso concreto y según la

forma en que fueron mostradas o utilizadas, si representaban o no un argumento de violencia física inmediata.¹

Específicamente, con referencia al concepto de arma impropia, la jurisprudencia fue ampliando —casuísticamente— el ámbito de aplicación del concepto. Sin embargo, la dicotomía en torno al tema no quedó sellada, como consecuencia de la discrepancia de criterios.

Así, a favor de la tesis amplia se incluyen ciertos elementos como: “El accionar del encausado que esgrime una botella vacía para desapoderar a la damnificada de su cartera”.²

En un hecho por el cual un hombre roció con combustible a su pareja conviviente para luego amenazarla con un encendedor, el juez de Garantías dijo:

“...se encuentra acreditada la implementación del elemento —arma impropia— enumerado en el artículo 149 ter inciso 1º, utilizando como basamento los argumentos venidos al momento de convalidar la aprehensión en orden al delito de amenazas agravadas por el empleo de arma”.³

La jeringa, aun cuando no se encuentre cargada con contenido alguno:

“La jeringa hipodérmica armada con su respectiva aguja constituye un arma impropia que, por sí sola, aumenta la capacidad ofensiva del autor e importa un riesgo concreto e inminente para la integridad física de la persona amenazada. Aunque la jeringa no se encontrara cargada con sangre, la mera presencia de aire en su interior le confiere un poder vulnerante que justifica la aplicación de la agravante”.⁴

La utilización de un instrumento como el destornillador, catalogado como herramienta, y confeccionado con la finalidad primordial de realizar las acciones de atornillar y destornillar:

1. DONNA, *Derecho Penal: Parte Especial...*, p. 211.

2. CNCC, “González, Norberto A”.

3. JG N° 8 Lomas de Zamora, “Benítez, Mauro R. s/ Incidente de Excarcelación”.

4. CNCP, “Locuratolo, María D. s/ Recurso de Casación”.

“Así, está probado que [...] se valió del destornillador, hiriendo repetidas veces a su ocupante en el rostro, cuello, piernas y abdomen para obtener el botín. Como puede apreciarse, se trató de un elemento con cierto poder objetivo de aumentar la capacidad ofensiva del autor (objeto punzo-cortante) y que fue utilizado con ese destino, desde que [...] se sirvió de él como medio violento para apoderarse de la billetera de la víctima, provocándole, en efecto, varias lesiones en el cuerpo. La conducta señalada, a la par de incrementar el riesgo de peligro a la incolumidad física de la víctima, también aumentó la intimidación por la factibilidad de inmediato empleo del elemento de que se trata. Conforme a este contexto fáctico, entonces, concluyo que el incoado [...] utilizó el destornillador como ‘arma impropia’, atacando con él a la víctima para apoderarse de la pertenencia señalada”.⁵

En igual sentido, el TCPBA, Sala I, en las causas “V., M. A. s/ Recurso de Casación” y “L., M. E. s/ Recurso de Casación” sostuvo que: “El destornillador funcionó como un arma impropia, definida como elemento que, no habiendo sido creado con ese fin, pueda utilizarse como tal”.

El empleo de gas pimienta:

“Compartimos la calificación legal adoptada por el magistrado de grado, pues fue utilizado por su poder ofensivo, generando un estado de indefensión de la víctima, encuadrando en el concepto de arma impropia”.⁶

La maniobra delictiva emprendida con una sevillana:

“Resulta evidente que una sevillana reúne estas características [...] lo decisivo, desde un punto de vista teleológico, no es la finalidad con la que se construyó el instrumento, sino el peligro que de su uso se deriva y el aumento del poder coactivo de la acción”.⁷

5. TSJ Córdoba, “Olivera, Maximiliano Ezequiel s/ p. s. a. Robo Calificado...”.

6. CNCC, “F., M. E. s/ Procesamiento”.

7. CNCP, “Silva, Natalia C. y otros s/ Robo c/ Armas en Tentativa”, voto del juez Magariños.

Otro suceso interesante, y llamativo a la vez, se originó en la Ciudad de Córdoba, debido al robo perpetrado por dos individuos sobre un taxista. Uno de los autores le colocó una bufanda en el cuello, comenzó a apretarlo y lo tiro hacia atrás, circunstancia que fue aprovechada por su compañero para desapoderarlo de determinados objetos. Las posturas frente al caso fueron las siguientes.⁸

En primera instancia la Cámara Cuarta del Crimen entendió que:

“...la bufanda utilizada de la manera en que lo hizo P. en el *sub iú-dice* y de acuerdo a la manera en que se perpetró el atraco (víctima sentada en el asiento delantero, enlazada por el cuello desde atrás por el ladrón, quien, para reducirla, la apretaba —ahorcándola— contra el respaldo del asiento delantero inmovilizándola momentáneamente) resultaba un arma impropia, pues siendo un elemento extraño al cuerpo del asaltante que la utilizó en la forma narrada, aumentó en concreto su poder vulnerante”.⁹

En segunda instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior revocó esta decisión, sosteniendo lo siguiente:

“...que para la ley, arma es todo objeto capaz de aumentar el poder ofensivo del hombre, tanto las construidas específicamente para el ataque o la defensa de la persona a las que se denomina armas propias, como las transformadas en armas por su poder ofensivo y debido al empleo que se ha hecho de ellas y que reciben el nombre de impropias. En dicho sentido, solo los instrumentos inertes que posean cierta capacidad vulnerante pueden transformarse en armas al ser empleados como medio de agresión. Para que un instrumento se convierta en arma impropia, si bien se exige objetivamente que posea cierta capacidad ofensiva, en definitiva es la voluntad del sujeto que la utiliza blandiendo o cometiendo lo que la convierte en arma al cambiarle su destino...”.¹⁰

8. COLOMBO, “A las armas las carga el diablo... ¿y a las bufandas...?”, pp. 1-2.

9. CCC 4ª Nom., “Maujo, Eduardo G. y otro s/ P.s.a Robo Calificado”.

10. TJS Córdoba, “Maujo, Eduardo G.”, considerando IV, punto 1.

Añade que la bufanda fue empleada:

“...como un ‘momentáneo medio de sujeción’ del taxista [...] pero en ningún momento puso en riesgo su vida o su integridad personal a raíz de dicha conducta, ni tampoco insinuó amenazas en ese sentido...”¹¹

La Sala IV, CNCP, para confirmar la sentencia del TOC N° 28 de la Capital Federal, en donde se había tentado un robo utilizando un pico de botella, esbozó:

“...deviene inexorable concluir que un pico de botella de vidrio, roto, blandido como elemento punzo-cortante, como el que fue utilizado en el caso, es a todas luces apto para poner en peligro la salud o la vida de las víctimas y constituye entonces un arma de clara ofensividad con alto poder lesivo y hasta letal”.¹²

La gama es muy variada y la lista sigue. Puede ir desde un cortaplumas a un alicate, cuchillo, copa de vidrio rota, culatazo con arma propia, jeringa con sangre infectada con HIV, navaja, barreta de hierro, trozo de palo de escoba, baldosa, pata de una mesa con clavos oxidados, palo de amasar, tijera para cortar telas o papeles, cabo de un hacha utilizado como garrote, una tabla o una batería de automotor, guadañas, horquillas, azadas, bastones ferrados, u otros objetos que puedan ser utilizados en forma intimidante o vulnerante.¹³

En torno a la tesis más restrictiva, descartó que el concepto de arma impropia se aplique a determinados elementos. Como exponentes tenemos al Dr. Bruzzone, quien vota en disidencia, cuando expresa:

“La utilización de una botella y una baldosa para concretar el despoDERAMIENTO padecido por la víctima no puede ser considerado robo con armas, porque esos objetos no son, técnicamente, armas,

11. TSJ Córdoba, “Maujo, Eduardo G.”, considerando IV, punto 2.

12. CNCP, “Caldas Castillo, Víctor s/ Recurso de Casación”.

13. FIGARI, “El uso de armas de fuego en la figura del art. 166, inc. 2° del Código Penal”.

simplemente, porque no lo son. Se trata de elementos que, utilizados de la manera en que lo hicieron, le otorgan al agresor una mayor capacidad ofensiva, pero que, por ese solo hecho, no pueden ser incluidos en el concepto de arma”.¹⁴

Integrando la misma sala y otras, y en similar coyuntura, fue congruente con su postura y dictaminó que no se daba el agravante en el robo cometido utilizando un palo,¹⁵ una madera con un trozo de vidrio en su extremo,¹⁶ o un cinturón como elemento de ahorque y un pequeño trozo de alambre a modo de punzón.¹⁷

En tal sintonía se expidió el Dr. Juez Daniel Morín, quien encuadró el hecho en el que se había utilizado un palo para ejecutar el robo en la figura simple y señaló que:

“Ello es así, puesto que la base sobre la cual se funda la aplicación de aquella figura descansa sobre la concepción de las denominadas ‘armas impropias’, que podrían definirse como aquellas que, sin adecuarse estrictamente al concepto de armas, son equiparadas a estas. Un arma es aquel objeto construido específicamente para el ataque o la defensa, por lo que mal podría extenderse ese concepto a objetos que no encuadran en esa categoría sin recaer en una interpretación analógica *in malam partem* vedada por el principio de legalidad. Cabe considerar que si el legislador hubiera pretendido incluir objetos que no son armas en sentido estricto dentro del tipo penal, nada le habría impedido efectuar tal asimilación en forma expresa. Ciertamente si bien, en el caso, el palo utilizado por el imputado importó un aumento del poder ofensivo al crear un peligro mayor para la víctima y menguar su capacidad de oposición o defensa, tal circunstancia habrá de ser debidamente valorada al momento de la determinación de la pena pues es allí donde cobra relevancia”.¹⁸

14. CNCC, “Álvarez, Mariano G. y otros”.

15. CNCC, “Cortez, Jonathan E.”.

16. CNCC, “Wallace, Cristian G.”.

17. CNCC, “Chambi Choque, Roberto”.

18. CNCCC, “Rodríguez Yarza, Sydney Junior s/ Recurso de Casación”.

En consonancia se expidió el Dr. Sarrabayrouse:

“Desechamos el concepto extensivo de arma impropia, dada la evidente contradicción del mismo con el principio de legalidad penal y consideramos que dentro del concepto de ‘arma’ solo deben denotarse aquellos instrumentos que hayan sido definidos así por las leyes extrapenales, en definitiva ‘...todo artificio naturalmente destinado a herir o agredir...’. Si bien [un trozo de botella] otorgó una mayor capacidad ofensiva a los imputados, por esa sola circunstancia no puede ser incluido en el concepto de arma. La mayor gravedad que el hecho reconoce, debe ser valorado al momento de fijar la pena”.¹⁹

Otra disidencia está representada por el voto del Dr. Juliano:

“En tren de ir definiendo mi posición en una materia tan sensible como la que se trata, me inclino por una concepción ‘ontológica’ (si se me permite la digresión) del concepto de arma, con lo cual quiero decir que el concepto de arma debe ser construido en función del destino para el cual cada objeto fue fabricado. En este sentido, para que un objeto pueda ser reputado jurídicamente como ‘arma’, al momento de su fabricación debe haber tenido como finalidad primordial la de ser utilizado como ‘arma’, ya sea de ataque o defensa. Ello sin perjuicio que eventualmente pueda tener otros usos subalternos o secundarios... Así, un cortapapeles no ha sido creado como ‘arma blanca’, por más que en una emergencia pueda asestar con el mismo una puñalada a un tercero o resistir el embate que hace otra persona. Un cortapapeles fue fabricado para abrir sobres de correspondencia, y esa calidad no puede ser modificada por la circunstancia que, potencialmente, tenga poder ofensivo o defensivo... En este punto se insiste en que su potencial poder ofensivo no lo convierte en ‘arma blanca’, ya que ese poder ofensivo no se diferencia del que poseen tantos otros objetos que nos rodean en la vida cotidiana (un trozo de vidrio, una baldosa,

19. CNCP, “Cordero, Facundo N. s/ Robo c/ Armas”.

un cable, un palo, una lapicera) pero que no por ello, por tener la cualidad de la ofensividad, pueden ser reputados como ‘arma’ en el sentido jurídico que le asigna la ley”.²⁰

La Dra. Jueza Camiña, integrante del TOC N.º 18 de la Capital Federal, al dar su voto en la causa “López, Roberto G. y otro” optó por disentir con sus colegas, aseverando que:²¹

“La conducta de quién intentó apoderarse ilegítimamente de los bienes de una persona, mediante la utilización de un cuchillo —tipo Tramontina—, debe ser incluida en la figura básica de robo en grado de tentativa ya que no se ha empleado un arma [...] Categorizar como ‘arma impropia’ a un cuchillo —tipo Tramontina— utilizado para perpetrar un robo resulta una interpretación peligrosa que contradice el principio de legalidad, pues más allá de ser una interpretación analógica se vaciaría de contenido el artículo 164 del CP, el que por su amplio margen punitivo no puede sostener que se emplee solo para casos de violencia sin armas”.

En atención a este tipo de elemento el Dr. Bruzzone opinó:

“La utilización de la agravante ‘con arma’ corresponde cuando el objeto —aunque técnicamente no sea arma— tiene capacidad para ‘lesionar gravemente o matar’ por la forma en que es utilizado. De esta forma, si bien algunos casos límites —como los de un cuchillo tipo Tramontina— quedan alcanzados, otros deben seguir siendo analizados con mayor rigor, porque así como está redactado ‘el significado’, cualquier cosa es arma de acuerdo a cómo se lo utilice; por ejemplo: una bufanda, lo que pareciera desnaturalizar el ámbito de aplicación de la norma de la primera parte del inciso segundo del artículo 166 del Código Penal”.²²

20. TOC N° 1 de Necochea, “M., Juan Manuel s/ Robo Agravado”.

21. FIGARI, “El uso de armas de fuego en la figura del art. 166, inc. 2º del Código Penal”.

22. CNCP, “Castañeda Chavez, Keinyi A. s/ Recurso de Casación”.

Apoya su opinión el voto del Dr. Vivanco, juez de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, cuando indica:

“Desde el punto de vista ontológico, el arma es un objeto físico de una estructura determinada (forma y materia) y de índole instrumental, apta para una función específica, que exige un manejo adecuado y que se emplea con un fin pretérito (matar o herir). Es factible matar o herir con un objeto que no sea arma, pero con ello se pone de manifiesto el error de confundir el ‘ente’ en sí mismo (arma), con la ‘función’ que se la hace desempeñar. A los fines del artículo 166, inciso 2 del CP, si no se trata de un arma, sino de cualquier objeto que sirva ‘como si fuese un arma’ para cumplir la finalidad del sujeto, y que contribuya a la violencia (*lato sensu*), lo que se comete es un robo simple, pero no agravado ‘con armas’...”²³

La Sala II de Casación de la Capital Federal, en un supuesto en el que se había usado una tijera de uso escolar para perpetrar el atraco, desechó el agravante:

“Cabe señalar que lo que aquí se encuentra en discusión —el término arma— no se trata de un concepto empírico, sino normativo. [...] En el caso bajo análisis, la tijera utilizada en el hecho —a diferencia, por ejemplo, de los cuchillos, que son pasibles de ser encuadrados en la doble categoría de arma blanca y de utensilio destinado a comer— es, claramente, un objeto que se utiliza como un útil escolar, lo cual implica, en el razonamiento que aquí se sigue, que no se trata del arma al que hace referencia el tipo penal. Ciertamente, la utilización de la tijera [...] y en particular, su aplicación sobre el cuello del damnificado, implicó un aumento del poder ofensivo del agente, creó un peligro mayor para la víctima y menguó su capacidad de oposición o defensa. Esta circunstancia, empero, deberá ser valorada exclusivamente en el momento de la determinación de la pena, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41, inciso 1º, del CP y no ya en la ade-

23. SCJBA, “T., G. s/ Robo”.

cuación del supuesto de hecho en el tipo penal del robo agravado por el uso de armas”.²⁴

Acerca de este laudo, sobre la calificación legal adoptada, es interesante esbozar que el Dr. juez Fernando Niño no estuvo de acuerdo con las deliberaciones tenidas en cuenta por la mayoría, y sostuvo:

“...el empleo de la tijera secuestrada y remitida a esta sede para su observación —la que cuenta con dos hojas metálicas de seis centímetros de largo— colocada en una zona vital del organismo como es el cuello, con su importante red sanguíneo-linfática en la que destacan la arteria carótida y la vena yugular externa, importó un mayor poder ofensivo para los atacantes y un peligro cierto para la integridad de la víctima, con lo que se anuló toda posibilidad de defensa para la víctima [...] de tal modo, es absolutamente razonable sostener —como lo hizo el Tribunal— que la tijera empleada en la emergencia pudo comprometer, severamente, la integridad física y aun la vida del afectado”.²⁵

III. ¿PERRO COMO ARMA IMPROPIA?

Una síntesis de los argumentos que se tienen en cuenta para apreciar ciertos elementos como armas impropias es la siguiente: poder ofensivo del instrumento utilizado eventualmente con ese fin; el peligro real que haya corrido la integridad física del sujeto pasivo; elemento que posea cierta capacidad vulnerante como medio de agresión; y la voluntad del sujeto que la utiliza cambiando su destino.

Aquellos que adhieren a esta tesis aplican en forma análoga el poder lesivo que las armas tienen sobre la vida o la integridad física de la persona a cualquier otro objeto que pueda, de una u otra forma, generar un efecto similar o sea utilizado con los mismos objetivos. Se aplica así de manera analógica un término a otro con características similares —pero no iguales— para agravar la pena en perjuicio del eventual imputado.

24. CNCCC, “Diviño, Miguel A.”, p. 6.

25. CNCCC, “Diviño, Miguel A.”, considerando I, párr. 7º y 8º, voto en disidencia del juez Niño.

Sobre lo que no hay reyertera entre las diferentes tesis es que, como primer momento, el arma debe tratarse de un objeto o instrumento, es decir, de una cosa. Teniendo en vista esta cuestión, afloran varios interrogantes: ¿es el animal una cosa? Si es cosa, ¿puede ser un arma impropia?

Hacernos estas interpelaciones en el presente colisiona con las tendencias actuales que admiten a los ANH (Animales No Humanos) como sujetos de derechos, atendiendo a sus subjetividades. Pero las cuestiones serían: ¿por qué nos permitimos hoy en día hacernos estas preguntas? ¿Cuáles son los elementos que nos permiten seguir esgrimiendo que los animales son cosas? Parte de las respuestas se hallan en nuestro discordante régimen jurídico.

Para poder ir dilucidando estos cuestionamientos, vamos a presentar cuáles son las posibilidades, desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, que posee el juez o la jueza ante un caso concreto, como el que expondremos a continuación. Asimismo, más allá del “derecho”, hay que tener en cuenta el trato que le dispensamos a los ANH, y a cuáles en especial.

Sin embargo, y pese a la corriente jurisprudencial y doctrinaria vigente en la materia, cabe destacar, a mi entender debido a la temática que tratamos en este trabajo, un fallo reciente de la Cámara en lo Criminal y Correccional de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba²⁶ constituida de manera unipersonal, donde se condenó a dos imputados a la pena de cinco años de prisión por considerarlos coautores del delito de robo calificado por el uso de arma impropia. En este sentido, la magistrada actuante valoró que la utilización de los perros de raza Rottweiler y Dogo Argentino por parte de los justiciables aumentó su potestad ofensiva y la fuerza intimidante sobre la víctima para lograr su fin delictivo.

La jueza Dra. Inés Lucero se valió de dos criterios para fundamentar de ese modo. Uno de carácter normativo y otro de carácter jurisprudencial. Con referencia al primero, tuvo en cuenta el estatus jurídico que se les reconoce a los animales en el derecho privado.

El Código de Vélez Sarsfield trataba a los animales como cosas. Cualquier tema relacionado en el ámbito civil debía regirse por la siguiente normativa:

26. CCC de 2ª Nom. de la CBA, “Amatto, Alberto Hernán y otros p.ss.aa. Robo, etc.”.

“Título I. De las cosas consideradas en sí mismas, o en relación con los derechos.

Artículo 2311. Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor.

Artículo 2318. Son cosas muebles las que puedan transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que solo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles.

Artículo 2343. Son susceptibles de apropiación privada: 1° Los peces de los mares interiores, mares territoriales, ríos y lagos navegables, guardándose los reglamentos sobre la pesca marítima o fluvial; 2° Los enjambres de abejas, si el propietario de ellos no los reclamare inmediatamente.

Título V. Del dominio de las cosas y de los modos de adquirirlo.

Capítulo I. De la apropiación.

Artículo 2527. Son susceptibles de apropiación por la ocupación, los animales de caza, los peces de los mares y ríos y de los lagos navegables; las cosas que se hallen en el fondo de los mares o ríos, como las conchas, corales, etcétera [...] los animales bravíos o salvajes y los domesticados que recuperen su antigua libertad”.

Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ¿cambió este estatus? Los animales heredaron los preceptos y continúan siendo emplazados en el ámbito de cosas muebles, más específicamente, semovientes, es decir, aquellas que se pueden trasladar de un lugar a otro por la voluntad de un tercero, de una fuerza externa o por la propia y, en consecuencia, sujetas al derecho real de dominio.

El texto en cuestión establece:

“Libro Cuarto: Derechos Reales. Título III: Dominio. Capítulo II. Modos especiales de adquisición del dominio. Sección 1ª: Apropiación.

Artículo 1947. Apropiación. El dominio de las cosas muebles no registrables sin dueño, se adquiere por apropiación.

a) Son susceptibles de apropiación: i) las cosas abandonadas; ii) los animales que son el objeto de la caza y de la pesca; iii) el agua pluvial que caiga en lugares públicos o corra por ellos.

b) No son susceptibles de apropiación: i) las cosas perdidas. Si la cosa es de algún valor, se presume que es perdida, excepto prueba en contrario; ii) los animales domésticos, aunque escapen e ingresen en inmueble ajeno; iii) los animales domesticados, mientras el dueño no desista de perseguirlos. Si emigran y se habitúan a vivir en otro inmueble, pertenecen al dueño de este, si no empleó artificios para atraerlos.

Artículo 1948. Caza. El animal salvaje o el domesticado que recupera su libertad natural, pertenece al cazador cuando lo toma o cae en su trampa. Mientras el cazador no desista de perseguir al animal que hirió tiene derecho a la presa, aunque otro la tome o caiga en su trampa. Pertenecen al dueño del inmueble el animal cazado en él sin su autorización expresa o tácita.

Artículo 1949. Pesca. Quien pesca en aguas de uso público, o está autorizado para pescar en otras aguas, adquiere el dominio de la especie acuática que captura o extrae de su medio natural.

Artículo 1950. Enjambres. El dueño de un enjambre puede seguirlo a través de inmuebles ajenos, pero debe indemnizar el daño que cause. Si no lo persigue o cesa en su intento, el enjambre pertenece a quien lo tome. Cuando se incorpora a otro enjambre, es del dueño de este”.

No cabe perder de vista que el artículo 1759 del CCC, al referirse al daño causado por animales, lo indica en la órbita de los daños causados por cosas peligrosas, concibiendo al dueño o guardián como sujeto responsable y, por ende, sometido a la atribución de la responsabilidad objetiva. Se concluye que no son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

No quedan dudas de que el animal sigue siendo tratado y conceptualizado como un mero objeto del derecho. ¿Incoherencia del legislador? ¿Utilitarismo humano?

El tribunal se valió de esta consideración, y lo plasmó del siguiente modo:

“En el caso concreto ambos perros, normativamente se corresponden con el concepto del artículo 227 del Código Civil, el cual estipula que son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa, y conforme al artículo 1947 de

la misma normativa, los animales son susceptibles de estar bajo el dominio de una persona”.²⁷

Vemos que la jueza no hizo un juicio arbitrario, simplemente se basó en la legislación vigente —civil— que regula la temática, incluyendo a los perros dentro del concepto de cosas. Actualmente, nuestro derecho trata al animal doméstico como un simple objeto, y el más común de ellos, sometido al señorío de un individuo. ¿Conviene considerar a los animales no humanos como cosas para el servicio y uso del ser humano?

Dilucidada la primera cuestión para la jueza, se le allana el camino fértil, tendiente a percibirlos como un arma impropia. Aquí se vislumbra el segundo criterio, teniendo presente los precedentes jurisprudenciales. Este razonamiento lo deja cristalizado, cuando arguye:

“Cabe recordar que arma es todo objeto capaz de aumentar el poder ofensivo del hombre, tanto aquellos cuya propia estructura es suficiente para aumentar el poder ofensivo o defensivo de la persona que la utiliza, a los que se denomina armas propias, como los que circunstancialmente aumentan el poder de acción, debido al efectivo empleo —como medio violento— que se realiza en el ataque contra la propiedad, los que reciben el nombre de impropias [...]. Se ha afirmado que, para que el instrumento se convierta en arma impropia, si bien se exige objetivamente que posea cierta capacidad ofensiva, en definitiva es la voluntad del sujeto que la utiliza —como medio violento— lo que lo convierte en arma al cambiarle su destino [...] Con otras palabras, arma toma su carácter de tal, no tanto por la materia, sino por la forma y el uso a la cual se destina, siendo además necesario que el instrumento tenga una real aptitud ofensiva”.²⁸

Observemos, independientemente de las apreciaciones propias que podemos tener sobre los ANH, lo factible de conceptualizar a los perros como arma impropia. Queremos exhibir que el juez o la jueza, ante la presencia de un caso

27. CCC de 2ª Nom. de la CBA, “Amatto, Alberto Hernán”, segunda cuestión planteada, párr. 3º.

28. CCC de 2ª Nom. de la CBA, “Amatto, Alberto Hernán”, segunda cuestión planteada, párr. 1º y 2º.

con rasgos similares, fácilmente puede asumir esta postura. No planteamos un dilema moral ni de gustos personales, sino solamente indicar de dónde y cómo obtiene sus fundamentos y, a la postre, desarrolla su conclusión.

La temática a nivel nacional es novedosa. Pese a ello, en el ámbito internacional no lo es. En Estados Unidos, aunque no se aborda la discusión entre arma propia e impropia, a los fines de determinar si un instrumento no inherentemente mortal o peligroso (como podría ser un perro) asume estas características, un tribunal puede tener presente: a) el tamaño y la naturaleza del arma o instrumento, b) la forma en que se usó, poseyó o transportó, c) el tamaño y la fuerza de la parte que lo usa, d) la intención del usuario, e) la persona en la que se utilizó, f) el delito o delitos en cuya comisión se utilizó, y g) la capacidad del instrumento para infligir la muerte o lesiones corporales graves.²⁹

Pese a que un perro —ni otro animal— no es inherentemente un arma mortal, los tribunales han sostenido que, dependiendo de las circunstancias bajo las cuales se usa, un perro puede ser un arma mortal o peligrosa, un instrumento peligroso, o un arma ofensiva. Estas alusiones se han plasmado en la jurisprudencia americana a lo largo de varios años.

Un primer antecedente lo tenemos en la sentencia del Tribunal Judicial Supremo de Massachusetts,³⁰ en donde hace cuarenta y cinco años, concluyó que:

“...contrariamente a las afirmaciones del acusado, el estándar aplicado en este caso no depende de la percepción subjetiva de la víctima, sino que se basa en una evaluación del potencial del daño de la instrumentalidad, ya que podría haber parecido objetivamente a un individuo razonable [...] en resumen, el problema, donde está involucrado un objeto neutral, se centra en si la instrumentalidad bajo el control del perpetrador tiene la capacidad aparente de infligir daño, si la víctima lo percibió razonablemente y si el perpetrador por el uso de la instrumentalidad pretendía para provocar miedo con el fin de promover el robo”.

De este modo, decretó que un perro Pastor Alemán es un “arma peligrosa” por el modo en que fue utilizado y el daño que podía infligir.

29. KLETTER, “Dog as Deadly or Dangerous Weapon...”, p. 6.

30. Massachusetts Supreme Judicial Court, “Commonwealth v. Tarrant”.

La jurisprudencia estadounidense fue consecuente con ello, en vastos precedentes sucesivos. Citaremos algunos. Así, la Corte Suprema de New York³¹ sostuvo que el perro Pastor Alemán era un “instrumento peligroso” para los propósitos del estatuto de robo, pero no era un “arma peligrosa”.

La División de Apelaciones de New Jersey³² expresó:

“Estamos de acuerdo con el razonamiento de ese caso y afirmamos que el juez de primera instancia sostiene que, según los hechos actuales, el perro del menor (Pastor Alemán) era un arma ofensiva. También sostenemos que hay suficiente evidencia creíble en el registro para confirmar el hallazgo de que el menor cometió un asalto con esa arma. El juez determinó que dirigió ilegalmente la fuerza hacia otra persona en circunstancias que crearon un temor fundado de peligro inminente y que había una aparente habilidad para consumir el intento”.

En sentido similar, la Corte de Apelaciones de Georgia,³³ donde el apelante había instado y permitido a su perro a embestir, saltar y morder a la víctima a corta distancia:

“En el enjuiciamiento por asalto agravado, la evidencia fue suficiente para autorizar al juez de primera instancia a encontrar que las manos y los pies del acusado utilizados para golpear a la víctima y su uso del perro eran armas mortales”.

Por ende, afirmó que un perro Doberman Pinscher utilizado para atacar a otra persona era un “arma mortal”.

El Tribunal de Apelaciones de Michigan³⁴ dijo:

“En vista de las autoridades citadas de otras jurisdicciones y el hecho de que el estatuto de Michigan, como los estatutos citados en

31. New York Supreme Court, “People v. Torrez”.

32. New Jersey Appellate Division, “State in Interest of J.R”.

33. Georgia Court Appeals, “Michael v. State”, considerando I.

34. Michigan Court Appeals, “People v. Kay”, considerando XIII.

las decisiones de Nueva Jersey y Nueva York, define ampliamente ‘arma peligrosa’ para incluir cualquier objeto que, cuando se usa, puede ser considerado peligroso, sostenemos que un perro puede ser un arma peligrosa”.

La Corte Suprema de Kansas:³⁵

“Se puede decir que un Doberman Pinscher no es un arma mortal *per se*, pero un objeto común usado de manera mortal es un arma mortal en el sentido de K.S.A. 21-3414. Aquí el acusado fue acusado en la alternativa bajo el estatuto anterior. La evidencia revela que los Doberman fueron utilizados de manera tal que se pudieran infligir grandes daños corporales. Esta fue una cuestión de hecho que el tribunal de primera instancia presentó adecuadamente al jurado [...] aquí, el acusado amenazó a los oficiales con los perros cuando entraron al patio. Más tarde, en la casa, cuando el oficial Hatcher intentó ponerle las esposas al acusado, hubo evidencia de que el acusado gritó dos veces a sus padres: ‘Dejen que los perros se suelten y lo atrapen’, los perros entonces atacaron, mordiendo al oficial Hatcher en la pantorrilla”.

Por último, la Corte de Apelaciones de California,³⁶ también estimó que un Doberman Pinscher es un “arma mortal” diciendo:

“Enfatizamos que si un perro en particular es un ‘arma o instrumento mortal’ dependerá de las circunstancias de cada caso. Algunos perros no están entrenados para atacar a personas y no harán cuando sus adiestradores se los aconsejen; algunos no están entrenados en absoluto. Sostenemos que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, un perro entrenado para atacar a los humanos a la orden, o uno sin entrenamiento que siga esa orden, y que tenga el tamaño y la fuerza suficientes en relación con su víctima para causar la muerte o grandes lesiones corporales, puede considerarse un ‘arma o instrumento mortal’ en el sentido de la sección”.

35. Kansas Supreme Court, “State v. Bowers”, párrs. 5, 6 y 7.

36. California Court Appeals, “People v. Nealis”, considerando 2, inc. b.

La consideración normativa de los animales como cosas se extiende por otras ramas del derecho y, por ende, no escapa de su propio laberinto. ¿Son intencionadas? El derecho penal es afín a esta noción. Dentro del título “Delitos contra la Propiedad”, el Código Penal tipifica conductas dirigidas contra ANH, pero no desde la perspectiva de sus subjetividades, sino de nuestros intereses, en pos de la protección del derecho de propiedad.

El artículo 167 ter estipula el delito de robo de ganado (abigeato) y en el artículo 167 quater lo agrava si se dan las conductas típicas descriptas por el tipo básico de robo. El título donde están incluidos nos da la pauta de cuál es su estatus. Esta interpretación parte no solo de su ubicación sistemática, sino teniendo en cuenta el sentido común. ¿Se puede apoderar y desapoderar de algo que no es una cosa? ¿Los sujetos de derecho son susceptibles de estas conductas?

En consonancia con la sistematicidad del código, en el artículo 183, 1º párrafo, se estipula el delito de daños. Expresamente señala:

“Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado”.

Acá pareciera ser que se les da una consideración distinta. A pesar de ello, observemos que el trato dispensado sigue siendo el mismo, es decir, el de simples cosas. Discernimos que los verbos que emplea el artículo no se condicen con una concepción jurídica de sujetos de derecho, o por lo menos, opuestos al de los objetos inanimados.

Cuando la doctrina analiza esta tipificación, concluyen que el sentido de la protección penal y el bien jurídico protegido es la cosa en sí misma; y concuerdan que es el delito que más se aproxima a esa noción de la idea civil de dominio.³⁷ El daño se produce cuando el agente atenta contra la cosa extinguiendo, menoscabando, disminuyendo o eliminando su valor.³⁸ Cuando hacen referencia al objeto del delito expresan que, son las cosas

37. CREUS & BUOMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 626; SOLER, *Derecho Penal Argentino*, p. 542.

38. CREUS & BUOMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 626; DONNA, *Derecho Penal: Parte Especial*, pp. 846-847.

muebles e inmuebles, incluyendo dentro de las primeras a los animales,³⁹ haciendo alusión al agregado de los animales como “sobreabundante”⁴⁰ o “no necesaria”.⁴¹ ¿No pudieron hacer el análisis a la luz de la Ley 14346?

Para que el delito quede configurado en su aspecto objetivo, las cosas deben ser ajenas, es decir, no deben ser del propio dueño, ni *res nullius*, pues el sujeto pasivo del tipo es el titular del patrimonio al que pertenece la cosa. ¿No tendría que ser el animal el sujeto pasivo si tenemos en cuenta la ley mencionada?

En cuanto a los modos de comisión, puede perpetrarse por acciones u omisiones comisivas, destruyendo, inutilizando, haciendo desaparecer o de cualquier otro modo que se dañe la cosa.⁴² Nótese algo curioso, se pone como ejemplo “dejar de dar de comer al animal”,⁴³ esta omisión ¿no cabría dentro del artículo 1º de la ley? Si tuvieran una consideración distinta al de los objetos, ¿sería lógico este análisis?, o cuando se hace referencia al verbo inutilizar se dice “quien, aun sin alterar su naturaleza o estructura, consigue que la cosa deje de ser apta para la función a que estaba destinada” y se cita como ejemplo “anular por medios químicos, la potencia generatriz de un semental”.⁴⁴ Percibimos que la misma doctrina no insinúa un régimen distinto, y hasta pone a los ANH como arquetipos de las acciones típicas. Estos ejemplos ¿no habría que analizarlos como actos de maltrato o crueldad?

Pero se dice que esas acciones deben tener como resultado la producción de un perjuicio para la cosa en sí, constituido por un detrimento de su materialidad o funcionalidad futura; las acciones que no produzcan ese detrimento o solo importen alteraciones pasajeras, no llegan a alcanzar la tipicidad y se cita, nuevamente, como modelo “inyectar al animal una sustancia que le produce molestias pasajeras”.⁴⁵

La ley le otorga subsidiariedad a la figura, debido a que la acción de dañar es una forma de llevar a cabo la comisión de otros ilícitos. De

39. CREUS & BUOMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 627; DONNA, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 846.

40. DONNA, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 846.

41. SOLER, *Derecho Penal Argentino*, p. 542.

42. CREUS & BUOMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 628; DONNA, *Derecho Penal: Parte Especial*, pp. 846-847.

43. CREUS & BUOMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 628.

44. CREUS & BUOMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 628.

45. CREUS & BUOMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 628.

esto se desprende que la acción quedaría descartada, en todos los casos en que aquella fuera utilizada como medio para cometer otro delito, y este último sea “[...] más severamente penado”. Esto significa que, si se comete otro delito, la acción de dañar quedaría desplazada y, por lo tanto, subsumida en el delito fin. Acá surge un inconveniente con la Ley 14346, debido a que la pena para los delitos tipificados en ella es de quince (15) días a un (1) año, al igual que la del daño. Aun así, la doctrina estima que deben concursarse idealmente.⁴⁶

Pero no es tan simple la cuestión, porque si el animal es tenido en cuenta como sujeto de derecho, no podría ser cosa, lo que determina la imposibilidad de concurso. Este desconcierto se debe al régimen normativo diferenciado que sancionó el legislador. Podemos sostener a ciencia cierta, que no se quiso hacer una distinción jurídica, ya que la “Ley de Maltrato Animal” fue sancionada en 1954, el Código Penal sufrió alrededor de más novecientas (900) modificaciones desde su sanción en 1921 y, el nuevo Código Civil y Comercial se aprobó en el año 2014.

El daño a un animal salvaje (*res nullius*) no configura el tipo penal, pero puede importar una infracción a la Ley 22421 de “Conservación de la Fauna Silvestre”. No obstante, si el autor observa los lineamientos que regulan la caza, puede perseguir, capturar, apropiarse de la presa, y hasta darle muerte, es decir, realizar diferentes tipos de acciones a fin de someterla bajo su propio poder.

La ley estipula que el delito consiste en “cazar animales de la fauna silvestre [...] sin la debida autorización”.⁴⁷ Vale decir que el tipo se integra con una conducta positiva (la actividad de caza) y una conducta negativa (no contar —el autor— con la debida autorización).⁴⁸

El artículo 15 de la Ley de Fauna define dicha actividad de la siguiente manera:

“A los efectos de esta ley, entiéndase por caza la acción ejercida por el hombre, mediante el uso de artes, armas y otros medios apropiados, persiguiendo o apresando ejemplares de la fauna silvestre con el fin

46. NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, p. 536; CREUS & BUOMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 629.

47. República Argentina, “Ley de Fauna”, art. 24.

48. BUOMPADRE, “Los Delitos contra la Fauna Silvestre: Ley 22.421”.

de someterlos bajo su dominio, apropiárselos como presa, capturándolos, dándoles muerte o facilitando estas acciones a terceros”.

Con otros términos, la caza debe seguir siendo entendida como tradicionalmente se ha entendido, esto es como “todo acto voluntariamente dirigido al apoderamiento del animal”.⁴⁹

Con todo, incesantemente nos topamos con vocablos que afirman la cosificación de los ANH.

Las humildes apreciaciones hechas precedentemente, demuestran que si el legislador hubiese querido diferenciar a las cosas de los ANH podría haberlo hecho, y no engendrar un conglomerado normativo disímil, incompatible, ambiguo y utilitarista, que profundiza aún más la problemática. A su vez, tiende a la arbitrariedad, en el ámbito de aplicación, ante casos concretos.

Otro universo posible, radicalmente diferente al anterior, sería tener en miras a los animales, única y exclusivamente, como sujetos de derecho. Esta alternativa arranca de raíz toda posibilidad de vislumbrar a los ANH como cosas y, obviamente, se elimina toda ocasión de concebir a los perros u otras especies como arma impropia.

¿Qué fundamentos jurídicos permiten sostener esta postura? Concretamente son dos:

El primero, parte de la Ley 14346 que convierte a los ANH, aunque de modo laxo, en algo diferente, al otorgarles el carácter de “víctima” ante actos de maltrato y de crueldad. Contradice, en algún punto, el régimen antes expuesto. No lo hizo expresamente, pero si hacemos un análisis de las conductas de las que pretende proteger al ANH advertimos que se conciben con la noción de sujeto de una manera implícita.

¿Qué es la crueldad?

“Inhumanidad, fiereza de ánimo, impiedad. Acción cruel e inhumana. Disposición para realizar un acto que causa sufrimiento a otros, y satisfacción y placer al realizarlo. El rasgo general de esta experiencia es el sentimiento de placer que acompaña la sensación de sufrimiento ajeno”.⁵⁰

49. BUOMPADRE, “Los Delitos contra la Fauna Silvestre: Ley 22.421”.

50. GOLDSTEIN, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, p. 242.

Llanamente, nótese, que no se puede ser cruel con una cosa.

Alegamos que esta norma ilustra como objeto de tutela un bien jurídico pluriofensivo, debido a que protege varios bienes jurídicos o diferentes caras o facetas de un mismo bien; o explicitar que protege al animal, justipreciando heterogéneos bienes jurídicos que se asimilan de manera vasta con los nuestros. Afianza la valoración de su vida, su dignidad, su sintiencia, entre otras subjetividades. A fin de cuentas, para opinión de parte de la doctrina, ampara el derecho del propio animal de preservar su integridad física y psíquica.

Defiende esta posición en la Argentina el Dr. Eugenio R. Zaffaroni, quien entiende que el bien jurídico protegido en el delito de maltrato de animal “no es otro que el derecho del propio animal a no ser objeto de la crueldad humana, para lo cual es menester reconocerle el carácter de sujetos de derecho”.⁵¹

En España, abogan de esta manera, entre otros autores, Ríos Corbacho,⁵² que enuncia:

“Nos encontramos en un tránsito desde el antropocentrismo más exacerbado a un mayor animalcentrismo; en suma, ante un progresivo cambio del objeto jurídico de protección basado en un moderno concepto de reconocimiento de la capacidad de sufrimiento de los animales, muy similar al humano...”.

No puede vacilarse que los ANH son seres conscientes, que tienen vida propia con experiencias, que poseen capacidad de sentir, tanto dolor como placer, de sufrir, que cuentan con intereses propios, independientemente de su contribución al bien común y de si cuentan con capacidad para razonar. Por eso, por la razón de que son titulares de respeto y dignidad, y que todo lo sienten, deben ser protegidos contra padecimientos, agonías, dolores y usos, puesto que se encuentra demostrado que estas facultades no son exclusivas del ser humano.

El segundo fundamento es la postura jurisprudencial, originada en un caso paradigmático en la Argentina. Este surgió a raíz de la interposición de un *habeas corpus* en favor de una orangutana llamada Sandra, por

51. ZAFFARONI, *La Pachamama y el humano*, p. 54.

52. RÍOS CORBACHO, “Nuevos tiempos para el delito de...”, p. 28.

intermedio de la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA). La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, lo rechazó argumentando:

“En tanto que a los efectos de la procedencia de la acción, los artículos 51 y 52 del Código Civil definen como persona a todo aquel con signos característicos de humanidad y con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, por lo cual no puede encuadrarse en dicha categoría al animal y en consecuencia no corresponde dar curso a la acción deducida”.⁵³

Luego de obtener una respuesta desfavorable, frente su pretensión, la Asociación impugnó ante la Cámara Federal de Casación Penal; ante lo cual la Sala II, estableció, que la orangutana es sujeto de derecho con el siguiente fundamento:

“Que, a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente”.⁵⁴

El fuero Contencioso Administrativo, debido a la interposición de un recurso de amparo por la misma Asociación, también le reconoció estatus jurídico de sujeto de derecho a la orangutana. La jueza plantea como una de las cuestiones a dilucidar “si la orangutana Sandra posee derechos y si ello implica reconocerle el carácter de sujeto de derecho no humano”.⁵⁵

Para argumentar se vale del fallo, mencionado anteriormente, de la CFCP, que expresa:

“De conformidad con el precedente jurisprudencial mencionado, no se advierte impedimento jurídico alguno para concluir de igual manera en

53. CNACC, “Orangutana, Sandra s/ Habeas Corpus”, p. 1.

54. CFCP, “Orangutana Sandra s/ Recurso de Casación s/ Habeas Corpus”, considerando II.

55. JCATBA, “Asociación de Funcionarios y Abogados por...”, considerando I, párr. 1º.

este expediente, es decir, que la orangutana Sandra es una persona no humana, y por ende, sujeto de derechos y consecuentes obligaciones hacia ella por parte de las personas humanas”.⁵⁶

Y agrega:

“La correlativa tutela legal a ser ejercida en los tribunales frente a esa situación de mal trato es el animal o ‘persona no humana’[...] De todo lo expuesto, surge claramente que el interés jurídicamente protegido por la ley no es la propiedad de una persona humana o jurídica, sino los animales en sí mismos, quienes son titulares de la tutela que establece frente a ciertas conductas humanas [...] se trata reconocerle a Sandra sus propios derechos como parte de la obligación de respeto a la vida y de su dignidad de ‘ser sintiente’”.⁵⁷

Otro fallo conexo con esta postura, se dio en Mendoza, en la Ciudad de General San Martín; sentencia lo siguiente:

“Considero que la Ley 14346 de ‘malos tratos y actos de crueldad a los animales’ no protege el sentimiento de piedad o humanidad para con los animales, sino a los animales como ‘sujetos de derechos’, de modo que la conducta del imputado no ha recaído sobre un objeto o cosa, sino sobre un sujeto digno de protección. En este sentido, comparto la corriente de entendimiento que observa a los animales como seres vivos susceptibles al sufrimiento [...] Por lo demás, no cabe desconocer el llamado jurisprudencial reciente y producción científica que atribuyen a determinadas especies de animales la condición de ‘personas no humanas’ en razón de presentar un cierto grado de raciocinio y características emocionales similares a la de los humanos, y como tales, dignos de la protección de los derechos básicos fundamentales, entre los que se debe contar el de no ser privados arbitrariamente de la vida, la libertad y, en lo que

56. JCATBA, “Asociación de Funcionarios y Abogados por...”, considerando II, párr. 1º.

57. JCATBA, “Asociación de Funcionarios y Abogados por...”, considerando II, párr. 1º y 2º, considerando III, párr. 1º.

aquí nos concierne, el derecho a no ser torturados ni maltratados. Sigo en este particular la prestigiosa jurisprudencia de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal...”.⁵⁸

En el caso de la chimpancé “Cecilia”, se aludió:

“Clasificar a los animales como cosas no resulta un criterio acertado. La naturaleza intrínseca de las cosas es ser un objeto inanimado por contraposición a un ser viviente. La legislación civil subclasifica a los animales como semovientes, otorgándoles la única y destacada característica de que esa cosa (semoviente) se mueve por sí misma [...] resulta innegable que los grandes simios, entre los que se encuentra el chimpancé, son seres sintientes y, por ello, son sujetos de derecho no humanos [...] el chimpancé no es una cosa, no es un objeto del cual se puede disponer como se dispone de un automóvil o un inmueble. Los grandes simios son sujetos de derecho con capacidad de derecho e incapaces de hecho, en tanto, se encuentra ampliamente corroborado [...] que los chimpancés alcanzan la capacidad intelectual de un niño de 4 años [...] el interés jurídicamente protegido por la ley no es la propiedad de una persona humana o jurídica sino los animales en sí mismos, quienes son titulares de la tutela que establece frente a ciertas conductas humanas [...] no caben dudas entonces de que los animales maltratados no son cosas y que, por lo tanto, son los sujetos pasivos y víctimas de delito en cuestión [...] El bien jurídico protegido por la Ley N° 14346 de ‘Protección de los Animales’ ‘sería la preservación de la existencia y la conservación de la especie’ (Santiago Vismara, ob. cit., p. 254) y, por ello, cabe concluir que los animales son sujetos no humanos y titulares de derecho, ya que son seres vivientes susceptibles de sufrimiento que piensan y sienten al igual que los humanos, siendo nuestro deber protegerlos de todo tipo de maltrato”.⁵⁹

58. 1er J. Corr., “F., c/ Sieli Ricci, Mauricio Rafael p/ Maltrato y Crueldad Animal”, p. 10.

59. JG N° 3, “Presentación efectuada por AFADA respecto del...”, pp. 29, 30 y 32.

Estos fallos merecen, a mi entender, algunas acotaciones. En realidad, me permito hacer una serie de preguntas, que tal vez en la actualidad no tengan respuesta. Para resolver estos casos, se tuvieron presente características propias de los animales, semejanzas y/o similitudes con los humanos, su diferenciación con respecto a las cosas, normativa y doctrina acorde. Empero, ¿no es simplista expresar que los animales son sujetos de derecho? ¿Todos los animales deben serlo? Sería interesante saber cómo fallarían estos jueces si el *habeas corpus* o el amparo se dirigiera a una araña, una serpiente, una centolla u otra especie similar. ¿O acaso no son animales no humanos? Cuando se cometa el “hurto” o “robo” de un animal, ¿se apartarán de la tipificación? ¿Se considerará sujeto pasivo al animal y no al dueño de la “cosa”? ¿Dirán que no se puede hurtar, robar o dañar un sujeto? ¿Los tendrán verdaderamente en cuenta como sujetos de derechos no humanos?

IV. PALABRAS FINALES

No me permito desarrollar una conclusión con este trabajo. No porque no tenga una mirada propia sobre los ANH, sino porque actualmente hay varios inconvenientes que rodean la temática. Notamos la subsistencia de una asimetría muy grande, y a su vez, mucha disonancia dentro del órgano constitucional de creación de las leyes, como de los doctrinarios y los operadores jurídicos.

Con arreglo a la postura que adoptemos, y a las fuentes del derecho a las que echemos mano, podremos considerar a los ANH como cosas, y consecuentemente, dependiendo de la tesis que adoptemos, establecer que son armas impropias. O simplemente, decir que son sujetos no humanos, erradicando definitivamente, su estatus vigente.

La matriz del inconveniente se da desde la legislación misma. Un Código Civil y Comercial que sigue dándoles un estatus jurídico de cosas. Asimismo, los daños causados por ellos, están en la esfera de la responsabilidad objetiva. Seguidamente, está el derecho penal, que en el código sustantivo y en la Ley de Fauna, con algunos matices a su favor, les da el mismo estatus que el derecho civil. La contradicción e incoherencia, es palpable. Una ley de 1954 tiene en cuenta a los animales como seres dignos de protección, a su vez, se les reconoce ciertos “derechos”; mejor dicho, se resaltan ciertas características propias, orientadas con el fin de distinguirlos de los meros objetos. Entonces nos preguntamos: ¿son cosas

o son víctimas? ¿Una cosa puede ser víctima? Decididamente no puede serlo. No obstante, parece que se tienen en cuenta los intereses de los ANH de acuerdo con la utilidad que nos dispensan, más que a los suyos propios sopesando sus características en cuanto seres individuales.

¿Por qué es tan manifiesta la incongruencia del legislador? No cabe duda que en la ponderación de intereses, se inclina por la vaguedad de un estatus, por la sola razón del utilitarismo de los humanos conforme al uso que hacemos de los no humanos.

Este universo genera más confusión y más indeterminación en la temática. Si bien nosotros abordamos la hipótesis de poder incluir a los perros como arma impropia a los fines del agravante, aceptamos que hay posibilidades para todas las concepciones. Todo dependerá de la perspectiva subjetiva, teniendo en cuenta el trato que le dispensamos.

De lo que no nos queda ninguna duda es que, cualquiera sea el ámbito de regulación y la tesis jurisprudencial que queramos seguir, todo acto en donde se utilice un ANH, ya sea como medio, instrumento, objeto u otra manera debe ser entendido como un acto de maltrato o crueldad, sin importar las concepciones subjetivas propias de cada uno de nosotros. El riesgo cierto de secuelas psicológicas, sufrimiento, padecimiento, lesiones físicas, incluso de muerte del animal, es muy alto.

Aunque no se los quiera admitir como persona no humana, habría que diferenciarlos nítidamente de las cosas. Establecer un régimen jurídico propio sería una propuesta, pero creemos que, en la ponderación de intereses, prevalece el de los humanos debido a los beneficios que nos proporcionan muchas de las especies que nos rodean. Incluso, tenerlos como “mascota” nos da “derecho de uso y goce” sobre el animal.

¿Estamos realmente preparados para considerar a *todos* los animales como personas no humanas?

BIBLIOGRAFÍA

BUOMPADRE, Jorge E., “Los delitos contra la fauna silvestre: Ley 22421”, en *Terragnijurista*, URL https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/delitos_fauna.htm consultado 18/05/2020.

California Court of Appeals, “People v. Nealis”, 11/04/1991, 232 CAL. APP. 3d SUPP. 1 283.

Cámara en lo Criminal y Correccional, 2ª Nominación de la Ciudad de Cór-

- doña, “Amatto, Alberto Hernán y otros p.ss.aa. s/ robo, etc.”, 30/12/2019.
- , 4ª Nominación de la Ciudad de Córdoba, “Maujo, Eduardo G. y otro p.s.a. s/ robo calificado”, 15/05/2001.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, “Orangutana Sandra s/ Recurso de Casación s/ Habeas Corpus”, 18/12/2014.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, “Orangutana Sandra s/ Habeas Corpus”, 14/11/2014.
- Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala II, “Diviño, Miguel A. y otros s/ Recurso de Casación”, 29/11/2016.
- , Sala II, “Rodríguez Yarza, Sydney Junior s/ Recurso de Casación”, 23/08/2016.
- Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, “Cordero Facundo N. s/ robo c/ armas”, 30/10/2015.
- , Sala II, “Castañeda Chávez, Keinyi A. s/ Recurso de Casación”, 18/11/2015.
- , Sala II, “Locuratolo María D. s/ Recurso de Casación”, 05/04/2000.
- , Sala III, “Silva, Natalia C. y otros s/ Robo c/ Armas en Tentativa”, 11/07/2016.
- , Sala IV, “Caldas Castillo, Víctor s/ Recurso de Casación”, 18/05/2009.
- Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala FERIA, “Wallace, Cristian G.”, 07/01/2005.
- , Sala I, “Álvarez, Mariano G.”, 07/05/2014.
- , Sala I, “Cortez, Jonathan E.”, 31/03/2005.
- , Sala IV, “F., M. E. s/ Procesamiento”, 14/06/2010.
- , Sala V, “Chambi Choque, Roberto”, 06/08/2004.
- , Sala V, “González, Norberto A.”, 26/06/1996.
- COLOMBO, Marcelo, “A las armas las carga el Diablo... ¿y a las bufandas quién? (a propósito del concepto de arma impropia)”, en *La Ley*, 2002-F, 32-LLC2003, 658 - Supl. Penal, 01/01/2002.
- CREUS, Carlos & BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho penal: Parte Especial, Tomo I*, 7ª ed., Astrea, 2018, Buenos Aires.
- DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal: Parte Especial, Tomo II-B*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, Santa Fe.
- KLETTER, Fern L., “Dog as Deadly or Dangerous Weapon for Purposes of Statutes Aggravating Offenses Such as Assault and Robbery”, en *WEST-LAW*, 124 American Law Report, 5th, 657, 2004.
- FIGARI, Rubén E., “El uso de armas de fuego en la figura del art. 166,

- inc. 2º del Código Penal”, en *Ruben Figari Derecho Penal*, URL <http://www.rubenfigari.com.ar/el-uso-de-armas-de-fuego-en-la-figura-del-art-166-inc-2o-del-codigo-penal/> consultado 19/05/2020.
- Georgia Court of Appeals, “Michael v. State”, 21/10/1981, 160 GA. APP. 48.
- GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, 3ª ed., Astrea, 1993 Buenos Aires.
- Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de 1ª instancia de Ciudad de Buenos Aires, “Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros c/ GCBA s/ Amparo”, 21/05/2015.
- Juzgado Correccional, 3ª Circunscripción de la Ciudad de General San Martín de Mendoza “F., C/ Sieli Ricci, Mauricio Rafael p/ Maltrato y Crueldad Animal”, 20/04/2015.
- Juzgado de Garantías N° 3 de Mendoza, “Presentación efectuada por AFA-DA respecto del Chimpancé ‘Cecilia’ - Sujeto no humano”, 03/11/2016.
- Juzgado de Garantías N° 8 de Lomas de Zamora, “Benítez, Mauro R. s/ Incidente de Excarcelación”, 28/02/2019, URL <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/47460-violencia-genero-combustible-y-encendedor-armas-impropia> consultado 17/05/2020.
- Kansas Supreme Court, “State v. Bowers”, 13/06/1986, 239 KAN. 417.
- Massachusetts Supreme Judicial Court, “Commonwealth v. Tarrant”, 15/04/1975, 367 MASS. 411.
- Michigan Court of Appeals, “People v. Kay”, 17/11/1982, 121 MICH. APP. 438.
- New Jersey Appellate Division, “State in Interest of J.R.”, 25/01/1979, 165 N.J. SUPER 346.
- New York Supreme Court, “People v. Torrez”, 16/03/1976, 86 MISC. 2d 369.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, Tomo IV*, 2ª ed., Lerner, 1967, Córdoba.
- República Argentina, “Ley de Fauna”, Ley 22.421 de Conservación de la Fauna Silvestre, 05/03/1981.
- RÍOS CORBACHO, José M., “Nuevos tiempos para el delito de maltrato de animales a la luz de la reforma del Código Español”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, N.º 18, artículo 17, URL <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-17.pdf> consultado 16/05/2020.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, Tomo IV*, 4ª ed., TEA, 1992, Buenos Aires.
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “T., G. s/ Robo”, 10/12/1991.

Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Necochea, “M., Juan Manuel s/ Robo Agravado”, 12/08/2005.

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, “Maujo, Eduardo G. y otro p. s. a. s/ Robo Calificado Recurso de Casación”, 05/07/2002.

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, “Olivera Maximiliano Ezequiel p. s. a. s/ Robo Calificado Recurso de Casación”, 17/04/2015.

ZAFFARONI, Eugenio R., *La Pachamama y el humano*, Colihue, 2011, Buenos Aires.