



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

BIOÉTICA ANIMAL

Una teoría del derecho para los animales no humanos. Aportes para la perspectiva interna del Derecho

A legal theory for non-human animals. Contributions from an internal legal perspective

Una teoria del dret per als animals no humans. Aportacions per a la perspectiva interna del Dret

SILVINA PEZZETTA *

* Silvina Pezzetta. Doctora en Derecho, Investigadora asistente CONICET, profesora Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. E-mail: silvinapezzetta@gmail.com.

Copyright (c) 2018 Silvina Pezzetta



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.

Resumen

En ética animal existe un fenómeno que algunos autores han llamado extensionalismo. Se trata de la extensión de las teorías éticas al caso de los animales no humanos (ANH). En este trabajo se intentará también una extensión de una teoría del derecho a los ANH. Partiré de la distinción entre aspecto interno y externo del derecho (Hart) y luego seguiré las ideas de Nino sobre la fundamentación de los derechos (humanos). Abordaré primero las diferencias entre ambos aspectos, defenderé la importancia del interno para la cuestión de los ANH y, en la segunda sección, trataré conceptos de la teoría de Nino útiles para este caso. Finalmente, presentaré algunas críticas a la aplicación del lenguaje de los derechos a los demás animales provenientes de quienes rechazan el especismo.

Palabras clave: teoría del derecho; fundamentación; especismo; derechos morales; animales no humanos.

Abstract

In animal ethics there is a phenomenon called extensionalism which is the extension of ethical theories to the non-human animal (NHA) case. In this paper I present an extension of a legal theory to NHA too. I will use the distinction between internal and external aspects of the law that Hart established. Then, I will follow some Nino legal concepts useful for this case. I will highlight the importance of the internal perspective for the NHA problem and, in the second section, will address some concepts from Nino theory of law. Finally, I will consider some critics to the language of rights that come from an anti-speciesist approach.

Keywords: legal theory; foundation; moral rights; speciesism; non-human animals.

Resum

En ètica animal existeix un fenomen que alguns autors han anomenat extensionalisme. Es tracta de l'extensió de les teories ètiques al cas dels animals no humans (ANH). En aquest treball s'intentarà també una extensió d'una teoria del dret als ANH. Hom parteix de la distinció entre aspecte intern i extern del dret (Hart) continuant amb les idees de Nino sobre la fonamentació dels drets (humans). Abordaré primer les diferències entre tots dos aspectes, defensaré la importància de l'aspecte intern per a la qüestió dels ANH i, en la segona secció, tractaré conceptes de la teoria de Nino que són d'utilitat en aquest cas. Finalment, presentaré algunes crítiques a l'aplicació del llenguatge dels drets als altres animals provinents dels qui rebutgen l'especisme.

Paraules clau: teoria del dret; fonamentació; especisme; drets morals; animals no humans.

1. Introducción

En ética animal existe un fenómeno que algunos autores han llamado “extensionalismo” (Aaltola y Hadley, 2015). Se trata, simplemente, de la extensión de las teorías éticas, por medio de la adaptación de algunos de sus conceptos y principios, al caso de los animales no humanos (en adelante, ANH). De hecho, la revisión de nuestro trato a los demás animales se convirtió en un tópico de la filosofía moral y política contemporánea de la mano de un utilitarista, Peter Singer (1975), a quien le siguió Tom Regan (1983), desde una posición que defiende el valor inherente de los ANH y sus derechos morales. Hoy asistimos a un conjunto de perspectivas de ética animal que reproducen lo que sucede en la filosofía. Se observan así todas las corrientes tratando el tema: utilitarismo, deontologismo, contractualismo, teorías críticas, feminismo, comunitarismo, neo aristotelismo (Dorado y Horta, 2014). Además, muchas otras disciplinas están produciendo nuevo conocimiento sobre los ANH, que habían sido olvidados por completo o considerados meros instrumentos. Estas disciplinas, como la etología o la biología, empiezan ahora a tomarlos en cuenta o a reconsiderar lo que habían sostenido sobre ellos.

El derecho, por su parte, asiste a este fenómeno receptando algunos pedidos que llegan a tribunales o modificando algunas leyes. En Argentina son ejemplos de esto los resonados casos Sandra y Cecilia y la ley de prohibición de carreras de perros¹. Y, típicamente, se escribe luego sobre los fallos, para criticarlos o apoyarlos, o sobre lo que se espera que suceda en términos legislativos. Muchos de estos trabajos revisten la tradicional forma dogmática de elaboración de conocimiento jurídico². Sin embargo, es importante empezar a revisar la cuestión desde un punto de vista teórico con el objetivo de robustecer la discusión en nuestro ámbito y contar así con las mejores herramientas posibles para resolver casos concretos y plantear reformas legales. En este sentido, entonces, en este trabajo se intentará también hacer una extensión de una teoría del

¹ Me refiero al fallo Sandra, una orangutana privada de su libertad en el zoológico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, a favor de quién se interpuso un hábeas corpus y respecto de quién los jueces declararon que se trata de una “persona no humana y sujeto de derechos” y al caso de la chimpancé Cecilia, en cautiverio en el zoológico de Mendoza, Argentina, que fuera enviada a un santuario en Brasil gracias a un recurso de hábeas corpus. Sobre Sandra se puede ver el blog del abogado constitucionalista, Dr. Andrés Gil Domínguez, que patrocinó a AFADA, la ONG que instó el recurso: <http://underconstitucional.blogspot.com.ar/2016/06/orangutana-sandra-sentencia-de-camara.html>. Sobre Cecilia: <https://proyectogransimio.org/noticias/ultimas-noticias/sentencia-judicial-historica-en-argentina-a-favor-de-cecilia-una-chimpance-que-se-encuentra-en-el-zoologico-de->. La ley 27.330 tipifica como delito las carreras de perros y es considerada un ejemplo del avance del movimiento animalista.

² Hay muchas caracterizaciones de la dogmática. Me interesa aquí la descripción que hace Nino, quien específicamente señala como falencias su falta de explicitación de los posicionamientos normativos en su tarea interpretativa. En su *Introducción al análisis del derecho*. Astrea, Buenos Aires, 2014, pp. 315 y ss.

derecho al caso de los ANH. Lo haré utilizando la distinción entre aspecto interno y externo del derecho que estableció H.L.A. Hart para, finalmente, apoyarme en las ideas de Carlos Nino en relación con la fundamentación de los derechos (humanos). A pesar de que el extensionalismo ha sido criticado por diversos motivos, considero que tiene algunas potencialidades. Una nada menor es que permite partir de un terreno común de principios y conceptos aceptados por quienes aún no rechazan el especismo, lo que demuestra, a su vez, que no hace falta un esfuerzo teórico mayúsculo para hacerlo.

La propuesta de extensión para, finalmente, rechazar el especismo desde el derecho —como práctica y desde una teoría del derecho—, seguirá el siguiente esquema. Explicaré de qué se trata el aspecto interno, las diferencias con el externo, los distintos estudios que se pueden realizar estudiando cada aspecto y señalaré la importancia que tiene el aspecto interno del derecho en tanto práctica —puesto que es el que transitan más asiduamente jueces, juezas, abogadas, abogados, legisladoras, y legisladores. Luego, argumentaré que el punto de vista interno requiere de una teoría del derecho que asuma explícitamente tareas normativas y propondré para el caso de los ANH la teoría de Nino, que tiene importantes conceptos extensibles. En la segunda parte, se abordará brevemente cómo una teoría del derecho como la elegida podría apoyarse en las teorías de los derechos de los animales para lograr una extensión exitosa a partir del análisis de algunos conceptos claves. Finalmente, como en el estado actual de la discusión en el campo de quienes rechazan el especismo se critica el lenguaje de derechos para los ANH, la última parte tratará sobre esta cuestión. Seguiré la categorización de esas críticas que hacen Sue Donaldson y Will Kymlicka (2017) y los rechazos posibles a éstas.

2. Hábitos y reglas sociales. El derecho como práctica basada en reglas y el punto de vista interno

Uno de los aportes más importantes de la teoría del derecho de Hart (1992, p. 71) fue destacar que el derecho, en tanto práctica social, tiene dos aspectos: uno externo y otro interno. El aspecto externo, observable empíricamente a través de la recolección de datos sobre conductas regulares, asimila el derecho a otros hábitos sociales. Así, detener el auto frente a un semáforo en rojo podría ser considerado un mero hábito social. Sin embargo, algunas prácticas —como detener el auto frente a un semáforo rojo— tienen además un aspecto interno que se suma al de las meras conductas convergentes observables empíricamente, ese aspecto es el interno. Si bien los hábitos y las reglas pueden ser observadas empíricamente, es decir, por un observador que establezca ciertas regularidades, seguir o actuar de acuerdo a una regla es una conducta sobre la que, ante

una desviación, aparecen críticas y presiones sociales para que la regla se cumpla. Además, se considera legítima la crítica fundada en el hecho del incumplimiento de la regla. Hart describe el punto de vista interno de una práctica basada en reglas comparándola con la posición que asumen los jugadores de ajedrez:

Este aspecto interno de las reglas puede ser ilustrado simplemente con las reglas de cualquier juego. No es que los jugadores de ajedrez tengan meramente el hábito similar de mover la reina de la misma manera, hábito que podría registrar un observador externo que no supiera nada de las actitudes que aquéllos tienen respecto de sus jugadas. Además de ello, los jugadores observan una actitud crítica reflexiva en relación con este patrón de conducta: lo consideran un criterio o pauta para todo aquel que practique el juego. Esta opinión se manifiesta en la crítica y en las exigencias hechas a los otros frente a la desviación presente o amenazada, y en el reconocimiento de la legitimidad de tal crítica y de tales exigencias cuando los otros nos la formulan. Para la expresión de esas críticas, exigencias y reconocimientos se usa un amplio campo de lenguaje "normativo" (1992, p.71).

El punto de vista interno da cuenta de la existencia de algo más que meras regularidades empíricas en las prácticas sociales guiadas por reglas: que las personas tienen razones que alegan tanto para criticar los desvíos de las reglas como para justificar su actuación de acuerdo a ellas. El derecho, entonces, como una práctica social guiada por reglas, tiene estos dos aspectos, igual que cualquier juego o práctica reglada. En esta tarea de dar razones acerca de las reglas jurídicas, o en esta tarea crítica y reflexiva sobre el derecho que da cuenta del aspecto interno, algunas personas tienen una relevancia especial. Y esto es así porque Hart entiende que no siempre las personas que siguen una regla lo hacen de manera reflexiva, sino que, en su adecuación, o inadecuación a ellas, podemos estar en presencia de un comportamiento más parecido a un hábito. Sin embargo, en relación con el derecho, hay un conjunto de personas que son muy importantes. Son los que practican el derecho tanto como juezas y jueces, ejerciendo la función judicial o litigando. En sus decisiones tienen que dar razones que son en última instancia morales³, como señala Nino, y esto se observa con especial intensidad tanto en la primera decisión que se debe tomar frente a un planteo relacionado con el derecho —si tengo obligación de obedecerlo— como en la tarea de interpretación.

En general, muchos trabajos sobre el derecho, en particular la dogmática tradicional pero también ciertas teorías del derecho y algunos análisis filosóficos del mismo, optan por una posición

³ Y esta es una diferencia fundamental entre Nino y Hart (Nino, 2007, pp. 211 y ss.).

interna. Esto significa, entonces, que se comprometen, de alguna forma más o menos fuerte y más o menos consciente o explícita, con el juego o la práctica del derecho, aceptando al menos algunas cosas básicas como, de mínima, que el derecho establece cierto marco dentro del que moverse con legitimidad —aun cuando todo el resto se discuta— lo que sería lo opuesto a una postura de completa confrontación o rechazo del sistema jurídico. Mi idea central, es que, dada la importancia vital del punto de vista interno —tanto por la cantidad de abogadas y abogados que, en sus distintos roles, se mueven dentro de él, como también por la cantidad de trabajos teóricos que se realizan utilizándolo— lo que necesitamos es trabajar con una teoría del derecho que nos permita posicionarnos dentro de la práctica con argumentos sólidos, que puedan servir para entablar deliberaciones jurídicas con quienes niegan la posibilidad de que los animales no humanos tengan los mismos **derechos fundamentales**. Por ello, quiero defender la idea de que el lenguaje de los derechos es, no solo importante, sino muy relevante dentro de esta perspectiva. Al hacerlo, sin embargo, no pretendo desacreditar otras posiciones⁴, o negar su importancia o pertinencia, sino alentar un trabajo de alianza puesto que esas otras posiciones usualmente nos permiten ver cosas que desde el punto de vista interno son opacas⁵. De hecho, hay corrientes o escuelas de filosofía y teoría del derecho, así como algunas aproximaciones teóricas al estudio del fenómeno jurídico, como la sociología o antropología, que exploran muy productivamente el punto de vista externo del derecho. Así, a partir de las regularidades observadas, explican orígenes sociales y culturales de ciertas prácticas, ofrecen interpretaciones de determinados fenómenos jurídicos, elaboran teorías que muestran relaciones entre variables, entre otras posibilidades. Sus trabajos contribuyen enormemente al mejor entendimiento de una práctica compleja como es el derecho.

A las posiciones externas, no obstante, les falta el lenguaje normativo necesario para elaborar razones para actuar (en particular, no proveen de un lenguaje de obligaciones o razones morales). Por ende, la defensa que hago del extensionalismo de la teoría de Nino, y su combinación con las teorías de los derechos de los animales no humanos, abarca dos niveles: por un lado, *es una defensa de una teoría del derecho dispuesta a tratar cuestiones normativas, como la de Nino, y*

⁴ Como la teoría marxista del derecho que no ve en los derechos una herramienta de importancia fundamental sino, en todo caso, un elemento más de lucha y que, además, se esfuerza por señalar su carácter legitimador de las injusticias de clase. Otra posición diferente a la que aquí defiendo son los trabajos que forman parte de la corriente “law and society” o “law and humanities”, que exploran el aspecto externo estudiando dimensiones como el impacto del derecho en la sociedad o la diferencia entre el derecho en los libros y el derecho.

⁵ Debido a que desde el punto de vista interno las discusiones no abarcan cuestiones como origen de la legislación, las relaciones entre el derecho y los grupos de poder o cómo la cultura de una sociedad se refleja en el derecho, asumir el punto de vista externo da cuenta de otros problemas jurídicos.

su combinación con las teorías de los derechos de los animales⁶, como la mejor opción para participar del aspecto interno de la práctica jurídica y, en segundo lugar, de las teorías de los derechos inviolables para los demás animales en sí mismas. El lenguaje normativo y las razones morales son necesarios en los debates sobre cuestiones como si los animales no humanos pueden ser considerados sujetos de derecho, qué derechos tendrían, cuáles son sus fundamentos así como en la discusión sobre la obligatoriedad moral de normas jurídicas que violan derechos fundamentales de los animales no humanos y en el problema de la interpretación —y las formas en que puede ser favorable para los demás animales—. Las perspectivas externas no ofrecen respuestas utilizables de forma directa para resolver estos problemas.

En el siguiente apartado, entonces, quiero referirme a algunos conceptos centrales de la teoría de Nino y cómo podrían ser extensibles al caso de los demás animales. Además, haré algunas referencias a los ajustes que deberían hacerse a la luz de los aportes teóricos de las teorías específicas de los derechos de los animales no humanos y de las más novedosas propuestas de arraigarlos en la comunidad política.

3. Las teorías de los derechos para los ANH: derechos morales, personalidad y pertenencia política

Como señala Cass Sunstein (2004, p.5), casi todos acordamos en que los animales no humanos tienen derechos, pero esta expresión requiere de aclaración. Es entonces cuando el acuerdo desaparece: en la búsqueda de especificación sobre qué significa decir que un ANH tiene derechos, qué derechos y de qué tipo. Sin embargo, es importante partir de este primer nivel muy general y rudimentario de coincidencia sobre los derechos de los ANH para poder explorar una fundamentación de los mismos y determinar cuáles serían —así como eliminar distinciones arbitrarias entre especies de animales no humanos—. Este terreno común hará más sencillo lograr una aceptación más generalizada de lo que hoy es considerado un posicionamiento radical: la idea

⁶ Es necesario aclarar por qué distingo entre “teorías de los derechos de los animales” y teorías del derecho. En principio, dentro de la expresión “teoría de los derechos de los animales” incluyo todos los desarrollos que, provenientes específicamente del campo de la ética, defienden la consideración moral de los animales identificando y rechazando el especismo. En este sentido, estarían incluidos en esta expresión el utilitarismo y la ética de la virtud que incorporan a los animales no humanos como dignos de consideración moral. Aunque no utilicen el lenguaje de los derechos sí darían lugar la consagración de derechos positivos que protejan a los animales. Por su parte, cuando me refiero a la teoría del derecho lo hago en un sentido restrictivo, como por ejemplo los desarrollos hechos por juristas para juristas, como es el caso de Kelsen, Nino o Hart, más allá de que claramente se apoyen en fundamentos filosóficos generales.

de derechos fundamentales inviolables para los demás animales, específicamente, para los animales sintientes⁷. Es por esta falta de especificación sobre los distintos significados de la expresión derecho animal que Sue Donaldson y Will Kymlicka (2017, p.1) intentan trazar algunas diferencias puesto que abarca desde la referencia al derecho positivo que regula nuestras relaciones con ellos —sin importar su contenido— hasta posturas como el bienestarismo o la de los derechos fundamentales inviolables para los animales.

Me interesa aquí la última postura, que los animales no humanos tienen derechos fundamentales, en principio de carácter moral. Y es en este punto que se puede trazar la conexión con la teoría de la fundamentación de los derechos (humanos) de Nino para mostrar cómo estos en realidad no deberían limitarse a los miembros de la especie *Homo sapiens*, como él mismo sostuvo. Los derechos humanos, para este autor, son una clase de derechos morales que, además, gozan del estatus de derechos positivos en muchos casos (Nino, 1989). Su teoría, con los debidos acomodamientos, permite incorporar de manera no especista a los demás animales. Esta teoría deberá dialogar con las que trabajan desde la ética animal una fundamentación, a veces kantiana, a veces contractualista, de los derechos para los ANH. Sin necesidad de que la teoría del derecho se extienda demasiado para decir lo que ya se ha dicho, deberá sí explorar qué significa en términos más específicamente jurídicos hablar de derechos de los ANH en cuanto, al menos, los siguientes aspectos: quiénes deben ser sujetos de derecho, la interpretación, las concepciones de la constitución, la obligatoriedad moral del derecho y la fundamentación de los derechos básicos.

Precisamente, la fundamentación de los derechos es un punto central que una teoría jurídica haría bien en examinar para poder aportar al debate sobre quiénes deberían tener protección legal plena. De hecho, Nino utiliza una fundamentación de los derechos humanos en tanto derechos morales a partir de la estipulación de tres principios morales, dignidad, autonomía e inviolabilidad, de los que se derivarían los derechos morales. Estos tres principios están presupuestos en toda deliberación moral ideal⁸ y sustentan, además, su concepción de la

⁷ La sintiencia no es mera sensibilidad, sino la capacidad de tener una experiencia subjetiva de, como mínimo, dolor y placer. Todos quienes poseen un sistema nervioso central y también de algunos con sistema nervioso descentralizado son sintientes. Esta capacidad también se describe, a veces, como la posibilidad de tener una experiencia subjetiva del mundo. La sintiencia involucra la consciencia, pero no necesariamente la auto consciencia. Ni todos los *Homo sapiens* son sintientes ni sólo los *Homo sapiens* lo son. Por ello, la sintiencia es un pre-requisito para hablar de intereses y ser considerado moralmente en igualdad de condiciones. Este es el punto de partida del rechazo del especismo. Al respecto ver Singer, Peter: *Ética práctica*, Gran Bretaña, Cambridge University Press, 1995, pp. 69 y ss. y su *Liberación animal*, op. cit., capítulo 1.

⁸ El autor (1989, p. 91) se coloca en una posición denominada constructivismo moral y él mismo enumera quiénes pertenecen a esta tradición o forma de pensar la ética, aun cuando pertenezcan a corrientes de ética normativa muy

democracia deliberativa, en la que apoya su teoría constitucional. Una de las discusiones dentro de las teorías de ética animal es acerca de si es necesario tener personalidad para tener derechos. La propuesta de Nino invierte de manera provechosa la discusión: son personas morales quienes pueden gozar de los derechos morales en lugar de elegir determinadas características —más o menos justificadas, como la pertenencia a una especie o la posesión de determinadas capacidades que nos ponen en el incómodo lugar de dejar sin protección a seres que lo necesitan—. Los derechos morales se derivan de los principios morales, que se aplican a todos, pero estamos frente a una persona moral cuando tiene sentido decir que puede gozar de esos derechos. El autor reconoce explícitamente que la personalidad moral no está limitada entonces a la especie humana y que tampoco abarca a todos sus miembros (Nino, 1989, p. 47).

A pesar de lo plausible de esta postura para el caso de los ANH, aquí me parece más recomendable adherir a lo que Donaldson y Kymlicka (2011, pp. 30 y ss.), entre otros, señalan y que es que la base adecuada para fundamentar los derechos fundamentales es la subjetividad antes que la personalidad. Creo que esta es una idea mucho más adecuada tanto para humanos como para no humanos puesto que la exigencia de personalidad es muy alta y no abarca correctamente múltiples casos ni las distintas situaciones que se atraviesan a lo largo de una vida. La fundamentación de los derechos, asimismo, podría incluso correr por una vía paralela respecto de la decisión sobre la cuestión de la personalidad legal de los demás animales y reconocerles derechos básicos sin entrar en ella. Además, y sin poder extenderme sobre ello por razones de espacio, es importante recordar que la fundamentación de Nino descansa a su vez en una idea del derecho como la conjunción de un proceso democrático, ciertos ideales y una práctica histórica (Nino, 2007, p. 140). En su teoría juega un papel fundamental la idea de democracia deliberativa que, a su vez, también debería ser revisada a la luz del desarrollo de las teorías que sitúan a los animales —sujetos de derechos— en comunidades políticas diversas —las nuestras mixtas en el caso de los domesticados, las suyas propias para los salvajes y un estatus intermedio de residencia legal con derechos básicos negativos garantizados para las liminales que viven entre nosotros pero sin establecer lazos como los primeros— (Donaldson y Kymlicka, 2011). Esto implica quitar el fuerte acento en la reflexión racional sobre el propio bien y la capacidad lingüística como

diversas. Es importante señalar esto porque la propuesta se sostiene en tanto es una posición que se puede también explicar a partir de la idea de imparcialidad o de igual consideración de intereses. Rowlands (2009), cuando plantea su modificación a la teoría de Rawls, también se acerca a esta postura porque la posición original es considerada como un test para poner a prueba nuestra intuición sobre la igualdad y nada tiene que ver el hecho de que quienes deliberen sean humanos.

parámetros de la ciudadanía para empezar a incorporar otras formas de agencia y participación democrática en la teoría del derecho.

Como se ha dicho, la idea de derechos inviolables para los demás animales —y el avance para situarlos políticamente— es sostenida por distintos autores dedicados a la ética animal y los fundamentos son de tipo “kantianos” o contractualistas (Regan, 1983, Cochrane, 2010; Kymlicka y Donaldson, 2011; Korsgaard, 1996; Rowlands, 2009). Tal como sostiene Cochrane, la combinación que se produjo entre la eliminación de la barrera de la especie y el foco en la sintiencia, es decir, en la capacidad de tener una experiencia subjetiva del mundo en que el dolor y el placer son dos estados básicos, sumado a la idea de protección de derechos inviolables para que cada individuo sintiente cuente por igual, genera una inmejorable posición teórica para defender a los demás animales. En este sentido, el propósito moral de los derechos inviolables es proteger a aquellos seres que lo necesiten frente a posibles ataques o frente a discursos y prácticas que los instrumentalicen en aras de un bien mayor (en general, cualquier bien, por superfluo que sea, para los humanos). De esta forma, la revisión de la fundamentación de los derechos nos lleva a adherir a propuestas como la de los derechos para los sintientes o derechos en general, sin la especificación presente en “derechos humanos”.

El mejor entendimiento de la fundamentación de los derechos es primordial, además, para la tarea de resolución de casos. Entender qué es un derecho y las funciones del derecho en general, permitirían salir de dos respuestas típicas en el ámbito jurídico ampliamente criticables. En primer lugar, que el derecho positivo es obligatorio por el mero hecho de serlo. En segundo lugar, que se puede decidir qué normas aplicar, e interpretarlas, sin recurrir a razones morales que fundamenten, como mínimo, por qué elegimos una interpretación literal en lugar de una histórica o dinámica, por ejemplo, y cómo decidimos qué norma aplicar. Así, frente a un planteo a favor de un animal víctima del maltrato o encerrado en un zoológico, un primer paso debería ser considerar la obligatoriedad moral de determinadas normas y a continuación la exposición explícita de las razones por las que los fundamentos de los derechos nos permiten dejar de lado ciertos sectores de nuestro ordenamiento. Luego se podrán elegir otros que deberían ser interpretados a la luz de los principios morales que fundamentan los derechos morales que dan base, a su vez, a los derechos fundamentales que hoy restringimos injustificadamente a los humanos, y que constan en la constitución, para incorporar a los animales al marco de los que gozan de la protección de los derechos. En la práctica cotidiana del derecho, la obligatoriedad moral del derecho se da por sentada y es opaco o invisible el primer paso moral que significa considerarlo obligatorio. Y, aunque se alegan razones estrictamente jurídicas, siempre hay razones morales y políticas para elegir determinadas soluciones e interpretaciones. De la misma forma, suelen ser invisibles las razones en última instancia morales para tomar decisiones interpretativas.

El caso de los animales no humanos nos ayuda a ver ambos aspectos con total claridad y, por eso, nos exige mayores esfuerzos de argumentación y fundamentación. Por ejemplo, no hay razón para no ver que los animales encerrados en un zoológico necesitan de la protección de uno de sus derechos más básicos e injustamente violados: la libertad —sea entendida como una vida en la naturaleza o, en el caso de no ser posible su reinserción, el respeto de ella logrado en un santuario en que se garantice tanto el reconocimiento de un individuo con particularidades propias, además de las de la especie, que debe dejar de ser utilizado para beneficio de otros—. La aplicación de normas comerciales o civiles en lugar de constitucionales para resolver estos casos es una decisión que requiere de una urgente revisión porque las razones alegadas pueden ser desplazadas una vez que reconocemos que el fundamento del derecho es proteger a los individuos con capacidad de sufrir y ser violentados contra quienes tienen más fuerza que ellos.

4. Críticas a los derechos

Quiero referirme, muy brevemente, a algunas críticas usuales de quienes defienden a los animales no humanos —rechazando el especismo— pero que consideran equivocada la utilización del lenguaje de los derechos. Kymlicka (2017) agrupa estas críticas en cinco categorías:

1-Razones estratégicas; 2-Razones que se asientan en un supuesto antropocentrismo del lenguaje de los derechos; 3-Razones que critican lo limitado de los derechos básicos inviolables porque se limitan a los derechos negativos; 4-Razones que rechazan los derechos por considerarlos basados en una lógica antagonista; 5-Razones basadas en la suposición de que las teorías de los derechos de los animales se despliegan en el vacío y dejan de lado la cuestión del poder y la lucha por los derechos.

Kymlicka señala, en relación con la primera crítica, que aun carecemos de las evidencias empíricas necesarias para decidir si la apelación a los derechos para los ANH será eficaz. En otro trabajo (2017), el autor explica que las dos formas clásicas en el campo jurídico para abordar la cuestión de los ANH son, por un lado, las reformas bienestaristas y, en el otro extremo, las estrategias judiciales, o legislativas, para conseguir la declaración de sujetos de derechos de animales como los grandes simios. No sabemos todavía si son mejores las estrategias bienestaristas para cambiar la cosmovisión del público general sobre los demás animales, al menos gradualmente. Pero tampoco podemos predecir si proyectos como Gran Simio⁹ tendrán el

⁹ Sobre el proyecto Gran Simio: <https://proyectogransimio.org/>.

efecto esperado. Si bien hay estudios en curso sobre estos aspectos, todavía necesitamos ser muy cautelosos y humildes al respecto¹⁰. En relación con las otras cuatro críticas, quiero hacer algunos comentarios siempre teniendo en cuenta el objetivo de este trabajo, que es la defensa en dos niveles del lenguaje de los derechos: como la herramienta más útil para incorporarnos a la dimensión interna de la práctica jurídica y, en segundo lugar, de la teoría de los derechos inviolables como valiosa en sí misma, y necesaria (también), para los demás animales.

Creo que, como explican Kymlicka y Donaldson (2017), la revolución de los derechos ha sido de gran ayuda para la lucha de diversos grupos que habían sido históricamente relegados en sus propias sociedades e incluso en la lucha de sociedades colonizadas. Por supuesto, no estoy aquí en condiciones de dar argumentos, pero, para hacer honor a la brevedad, creo que la propia idea de derechos fundamentales inviolables, entendida correctamente y aplicada sin límites arbitrarios, es una herramienta poderosa. En tal sentido, entonces, la segunda crítica —al supuesto antropocentrismo del lenguaje de los derechos— es una forma de mal interpretar la propia idea de los derechos: no es que alguien se merece un derecho porque se parece a una persona humana, sino que un derecho es un remedio para proteger a la vulnerabilidad que, en definitiva, caracteriza a todos los seres sintientes que tienen, por ende, intereses en no ser dañados. Respecto de las críticas a su foco en los derechos negativos, Donaldson y Kymlicka (2011), han avanzado al respecto proponiendo ampliar los derechos negativos y sumar derechos relacionales; por ende, no se trata de algo incompatible. Estos derechos relacionales impondrían obligaciones de hacer a favor de los ANH que forman parte de los tres grupos que distinguen —domesticados, salvajes y liminales— e incluye el deber de diseñar nuestros espacios urbanos para que sean aptos para los animales con los que convivimos, brindar atención médica veterinaria, proveer de alimentos adecuados, entre otros.

Por último, respecto del antagonismo y el vacío en que operan las teorías de los derechos de los ANH, diré que, en el primer nivel de mi defensa, de la utilidad del lenguaje de los derechos para el punto de vista interno, estas críticas no deberían preocupar demasiado. No obstante, en el segundo nivel de mi defensa sí deberían ser revisadas. Y esas críticas constituyen, sin dudas, importantes aportes para una discusión profunda para quienes estamos interesados en que el derecho tome en serio su función y fundamentación. No puedo aquí, por razones de espacio, desarrollar los argumentos favorables a la fuerza de los derechos, pero sí recordar que, en última instancia, es la misma disputa teórica y práctica que se da en torno a los derechos humanos como instrumentos para el cambio social. Por eso creo que es posible que, aun con los límites que los

¹⁰ Una buena fuente para explorar los estudios ya publicados al respecto se encuentra aquí:
<https://animalcharityevaluators.org/researchlibrary/#/>.

críticos de la postura han advertido, pero también con las formas en que ellos mismos han revertido los clásicos usos contrarios a los sectores sociales desaventajados (Cárcova, 2007, p. 118), el lenguaje de los derechos siga siendo una de las aproximaciones más importantes para abordar la cuestión de los ANH.

5. Conclusiones

Se ha visto que el denominado extensionalismo es un fenómeno recurrente en el ámbito de la ética animal. En el ámbito del derecho, no obstante, aún no se encuentran desarrollos tan notables de aplicación de teorías al caso de los ANH. Visto bajo su mejor luz, el extensionalismo es un recurso que permite partir de un acuerdo previo sobre cuestiones relevantes —en este caso, sobre la importancia de los derechos y la fundamentación posible de los mismos, entre otras—. Es por eso que en este trabajo he intentado defender el lenguaje de los derechos, en particular, a través de la extensión de la teoría de Nino, para revisar la situación de los ANH en el derecho. El argumento principal es que el aspecto interno de la práctica jurídica tiene mucha importancia en tanto la deliberación sobre razones para obedecer el derecho, seleccionar normas aplicables a un caso e interpretarlas son partes constituyentes de aquel. En este sentido, la fundamentación de los derechos (humanos) juega un papel central como base de las decisiones enumeradas. Y en esta deliberación que ocurre en la dimensión interna, una teoría del derecho como la propuesta, con un conjunto de conceptos centrales también para las teorías de los derechos de los ANH, como el de personalidad moral, derechos morales y fundamentación de los derechos, debería tener un rol principal en el avance del fin del especismo. Por el contrario, las teorías que se focalizan en el punto de vista externo del derecho pueden hacer grandes contribuciones para entender situaciones como el origen de determinadas normas, cómo operan en la práctica o sus relaciones con otros fenómenos sociales, pero éstas no son directamente utilizables como razones para actuar.

Si bien la teoría del derecho puede aportar herramientas conceptuales más aptas para resolver casos como los que llegan a tribunales, tales como los ejemplos de ANH privados de su libertad en zoológicos a los que referí, también queda claro que hay límites que no responden a defectos teóricos. De hecho, como Kymlicka, Donaldson y Singer, entre otros, han subrayado, como resultado de los desarrollos teóricos de los últimos 40 años en ética animal, sin mencionar las razones ambientales y de desigualdad social que apoyan el fin de prácticas como comer ANH, quienes quieren defender la discriminación por especie se encuentran en una situación compleja que los fuerza a crecientes ejercicios de gimnasia intelectual para defender lo que es imposible de sostener. Por eso, una teoría jurídica ajustada a los avances de teorías de los derechos de los ANH

actuales, en especial respecto de la cuestión de la subjetividad y, de acuerdo a los más recientes desarrollos, en relación con la dimensión de arraigo político de esos derechos, no debería afrontar grandes dificultades teóricas. Sin embargo, al hacerlo deberá tomar especialmente en cuenta las críticas enumeradas, en particular, la referida al olvido del contexto y la lucha que implica conseguir, mantener y hacer efectivos, los derechos. Si bien son valiosos instrumentos para proteger la vulnerabilidad que caracteriza a todos los sintientes es cierto que no operan en el vacío. Una teoría del derecho no debe olvidar esto y deberá remarcarlo de forma constante para no hacer inútiles sus aportes.

Bibliografía

- ◆ AALTOLA, E.; HADLEY, J.: *Animal Ethics and Philosophy*, Rowman and Littlefield International, London, 2015.
- ◆ CÁRCOVA, C.: *Las teorías jurídicas post positivistas*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
- ◆ DORADO, D.; HORTA, O.: "Cambio de paradigma: un análisis bibliográfico de la literatura reciente en ética animal", *Revista Dilemata*, año 6, nro. 15, 2014.
- ◆ DONALDSON, S.; KYMLICKA, W.: *Zoopolis. A political theory of animal rights*, Oxford University Press, Nueva York, 2011.
- ◆ _____: *Rights*, en prensa. Disponible en:
https://www.academia.edu/31668378/Sue_Donaldson_and_Will_Kymlicka_Rights_Critical_Terms_in_Animal_Studies_2017_
- ◆ KORSGAARD, C.: *Fellow creatures: Kantian ethics and our duties to animals*, The Tanner Lectures on Human Values, 25/26, 2005. Disponible en: <http://www.likealittledisaster.com/wp-content/uploads/2017/01/CMK.FellowCreatures.pdf>.
- ◆ KYMLICKA, W.: *Social membership: animal law beyond the property/personhood impasse*, *Dalhousie Law Journal*, Vol. 40, nro. 1, 2017.
- ◆ NINO, C.: *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2014.
- ◆ _____: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- ◆ REGAN, T.: *The case for animal rights*, Los Ángeles, University of California Press, 1983.
- ◆ ROWLANDS, M.: *Animal rights. Moral theory and practice*, Gran Bretaña, Palgrave Macmillan, 2009.

- ◆ SINGER, P.: *Animal liberation. A new ethics for our treatment to animals*, Harper Collins, New York, 1975.
- ◆ _____: *Ética práctica*, Gran Bretaña, Cambridge University Press, 1995.
- ◆ SUNSTEIN, C.; NUSSBAUM, M. (comp.): *Animal rights. Current debates and new directions*, New York, Oxford University Press, 2004.

Fecha de recepción: 10 de abril de 2018

Fecha de aceptación: 11 de junio de 2018