



REVISTA **CHILENA**
DE DERECHO
ANIMAL



SANTIAGO • CHILE • N°1 • NOVIEMBRE 2020



COMITÉ EDITORIAL

COMITÉ EDITORIAL:

Macarena Montes Franceschini
Carlos Contreras López
Daniela Romero Waldhorn
Óscar Horta Álvarez
Juan Pablo Mañalich Raffó

DIRECTORA GENERAL:

Javiera Farga Parra

EDITORAS:

Constanza Gumucio Solís
Francisca Valenzuela Silva

ASISTENTES DE EDICIÓN:

Fernanda Sánchez Umaña
Camila Tapia Flores
Arlette Ulloa Bahamondes

DISEÑO PORTADA E INTERIORES:

Paula Rojas Zúñiga

FOTOGRAFÍA:

Ariadna Beroiz Díaz
Constanza Aliaga Torrontegui



EDITORIAL

El contexto en el que nace esta revista es muy particular. Diversas situaciones están ocurriendo en Chile y el mundo. Estamos viviendo un proceso constituyente histórico, el cual que nos da la oportunidad de reflexionar acerca de qué queremos para nuestro país. La sociedad civil ha levantado diversas demandas relacionadas con la equidad, las cuales se encuentran en la mirada pública formando un mapa que plasma las preocupaciones de nuestra sociedad. Esto nos abre la posibilidad de establecer en la norma de mayor jerarquía en nuestro sistema jurídico una protección para los intereses de los animales no humanos¹, de modo que la eventual nueva constitución refleje efectivamente los nuevos valores que hoy en día existen dentro de nuestra sociedad. En este contexto, Ariadna Beroiz, Fabián Molina, Nuria Menéndez, María José Chible y Javier Gallego, analizan la posibilidad de incluir a los animales en la Constitución desde diversas aristas, ya sea desarrollando argumentos sobre la necesidad de dicha inclusión, desarrollando miradas críticas respecto a la misma o refiriéndose a diversas estrategias jurídicas posibles.

Actualmente, existen diversos factores que nos llevan a plantearnos la necesidad de generar un cambio respecto de los animales. Por un lado, la enfermedad conocida como COVID-19 y la pandemia mundial que ésta ha traído consigo nos da una oportunidad única para reflexionar acerca de nuestra relación con los animales no humanos. Los mercados húmedos², existentes en diversas partes del mundo, se encuentran en la mira como posibles amenazas para la salud pública, lo que ha permitido cuestionar las diversas maneras en que los seres humanos utilizan a los demás animales. Un ejemplo de lo anterior es el filósofo australiano Peter Singer, autor del célebre libro *Liberación Animal*, quien ha hecho el llamado a aprovechar la situación mundial para repensar el uso de los animales como alimento.

-
- 1 Es necesario aclarar que, de aquí en adelante, cuando nos refiramos a la palabra "animal" en este texto, debe entenderse como animal no humano. Es importante destacar que los humanos somos también una especie animal y que, desde la teoría de la evolución de Darwin, sostener que existe un abismo ontológico entre los humanos y los demás animales no tiene sustento científico alguno.
 - 2 Los mercados húmedos consisten en concentraciones de numerosos puestos al aire libre donde se realiza la venta de productos frescos, tales como mariscos, peces y carne, además de verduras y frutas. A veces también venden animales vivos en el lugar por su carne, domésticos –como gallinas– o salvajes. Se les ha llamado mercados húmedos porque sus suelos suelen estar mojados debido al hielo –para mantener la carne– derritiéndose.



Por otro lado, la crisis climática nos plantea una incertidumbre, pero a la vez diversas oportunidades para decidir cómo vamos a afrontar este desafío planetario al que nos enfrentamos, el cual amenaza no sólo a los seres humanos, sino también a todos los demás animales. En el mismo sentido de lo anterior, la conexión entre estos temas se vuelve relevante y nos lleva a plantearnos la necesidad de que exista una solidaridad ecológica e interespecie, idea que es desarrollada por el autor Israel González, al abordar los principales conceptos que permitirían la gestación de ésta. Los animales silvestres, los cuales muchas veces son pasados por alto suponiendo –incorrectamente– que viven vidas idílicas en la naturaleza, son los primeros afectados por el cambio climático. Las leyes que tratan sobre ellos tienen un enfoque productivo y antropocéntrico, lo que es criticado por Camila Zárate, quien analiza exhaustivamente la normativa chilena existente acerca de los mismos. Desde otra perspectiva, los desafíos que supone el cambio climático no solo se relacionan con el Derecho Animal y el Derecho Ambiental. El autor Pierre Foy examina desde el derecho empresarial las ideas de responsabilidad social animal y empresa sostenible.

Con todo, es innegable, además, que la relación que existe entre los animales humanos y los no humanos ha ido evolucionando en el tiempo. Importantes cambios en la sociedad ponen a los animales como un elemento relevante dentro de la discusión ciudadana.

Actualmente, los seres humanos han desarrollado una relación de afecto única con los “animales de compañía”, llegando incluso a desarrollarse en doctrina la idea de una nueva configuración familiar multiespecie. Recordemos que una encuesta realizada por CADEM en el año 2019 señaló que un 73% de los chilenos son responsables al menos de un animal, existiendo un promedio de dos animales en cada familia. Esta relación de afecto ha dado lugar a nuevos desafíos en el Derecho de Familia y el Derecho Civil. Sobre el primero de estos temas, la autora Stephanie Merlet lo aborda en su artículo desde la jurisprudencia comparada, relatando cómo se han resuelto litigios acerca de la tenencia de animales luego de una ruptura matrimonial o sentimental, poniendo énfasis en la posibilidad del cuidado compartido de “animales de compañía” en base a la jurisprudencia española. Por otro lado, desde el Derecho Civil, la autora Irene Jiménez se refiere a cómo se ha cuantificado el daño moral en España en caso del fallecimiento de un “animal de compañía”, analizando los criterios que se han utilizado para su determinación.



A partir de esta realidad social, en la que los animales se encuentran estrechamente ligados a nuestras vidas, el ordenamiento jurídico chileno ha respondido con nuevas leyes tendientes a otorgar un mayor grado de protección a los animales no humanos, particularmente la Ley 21.020 de Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía, popularizada como “Ley Cholito”, la cual, entre otras medidas, modificó el delito de maltrato animal, incluyendo la pena accesoria de inhabilidad perpetua para la tenencia de animales, estableció derechos y deberes de los tenedores responsables, prohibió el sacrificio como medida de control poblacional, y estableció la figura del “perro comunitario”. En este contexto, la autora Pía Bravo, analiza desde el Derecho Civil la figura de perro comunitario introducida en la mencionada ley. En esa misma línea, los autores Alma Sánchez, Carolina Leiva y José Binfa realizan distintos análisis de casos referidos a la aplicación de esta norma, abordando temas sobre la aplicación del delito de maltrato animal, la pena accesoria de inhabilidad perpetua para la tenencia de animales y las vías procesales adecuadas para dar cumplimiento a la misma. Por su parte, desde el área del Derecho Administrativo, el autor Cristián Román, analiza un dictamen de la Contraloría General de la República, el cual reconoce la existencia de un principio general de protección a los animales en el espíritu de la legislación chilena.

Sin perjuicio de estos cambios que han surgido, es necesario recalcar que la sensibilidad social no sólo se ha ampliado respecto de los “animales de compañía”. Cada día existen más personas que creen que es moralmente incorrecto el uso que se le da a los animales no humanos en general, ya sea como comida, vestimenta, entretenimiento, entre otros. Sobre esto, la autora Anna Mulà expone sobre las actividades deportivas y culturales que utilizan animales, señalando que éstas suelen estar establecidas como excepciones a las leyes de protección animal, como sucede en Chile en el caso del rodeo.

Estos avances en la ética animal han llevado al desarrollo de una nueva rama del Derecho en el mundo: el Derecho Animal. Uno de los primeros desafíos del mismo ha sido el cuestionamiento del estatus jurídico de los animales no humanos. Diversos países han cambiado el estatus jurídico de los animales de bienes muebles a seres sintientes. La Declaración de Toulon va un paso más allá, señalando la necesidad de reconocerles el estatus jurídico de personas no humanas, la cual será expuesta por los académicos Caroline Regad y Cédric Riot, autores de esta declaración, quienes realizan un comentario a la misma analizando la descosificación de los animales no



humanos en el Derecho. Desde la arista de la Teoría del Derecho, Silvina Pezzetta, aborda la necesidad de desarrollar mayores herramientas teórico-jurídicas, con la finalidad de que la lucha por la igualdad en Latinoamérica incluya también a los animales no humanos desde una perspectiva interseccional.

Es innegable actualmente que los animales no humanos son parte de nuestras sociedades. Diversos animales conviven con nosotros en las ciudades, desde perros y gatos hasta palomas. En las zonas rurales, gallinas, vacas y patos comparten espacios con seres humanos. En torno a este nuevo entendimiento de una sociedad multiespecie, el movimiento animalista ha dado un giro hacia la filosofía política. Donaldson y Kymlicka plantean en su libro Zoopolis una distinción en base a nuestras relaciones con los demás animales, señalando que es posible catalogar a los animales domésticos, los animales liminales y los animales salvajes como ciudadanos, residentes y miembros de sus propias comunidades soberanas respectivamente. En particular, respecto a los animales liminales, Gonzalo Pérez, analiza las comunidades multiespecie que formamos los seres humanos con diversos animales que viven en las ciudades y las relaciones de justicia debida hacia los mismos. Desde otra perspectiva, problematizando esta cuestión, el autor Daniel Loewe critica el planteamiento de Zoopolis, señalando que la ciudadanía da cuenta del interés subjetivo en ser reconocido como sujeto autónomo, interés del que los animales carecerían.

Como se puede apreciar, existen múltiples y diversas aristas a explorar en torno a esta nueva área del Derecho. El Derecho Animal se pregunta por los intereses de los animales no humanos y su lugar en la sociedad, cuestionando el uso que los seres humanos hacen de los animales en beneficio propio, en un contexto en el que la pandemia mundial, la crisis climática global y el proceso constituyente chileno son una oportunidad para profundizar estos debates.

Aún quedan muchos desafíos por delante. Esperamos que el primer número de esta revista, la primera especializada en Derecho Animal en Chile, sea un aporte para el desarrollo del Derecho Animal como rama autónoma en nuestro país, fortaleciendo la investigación y la generación de nuevos conocimientos. Deseamos que se transforme en un espacio de investigación jurídica que contribuya a la construcción de un mundo más justo para todos, humanos y no humanos.



ÍNDICE

PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS DEL DERECHO ANIMAL

Comentario sobre la necesidad y justicia de la inclusión de los animales no humanos en una nueva carta fundamental para Chile Ariadna Beroiz Díaz	11
La defensa de los animales desde el prisma constitucional Nuria Ménendez del Llano Rodríguez	17
Los desafíos de la Declaración de Toulon Caroline Regad / Cédric Riot	21
El giro animal: impacto y desafíos para el derecho latinoamericano Silvina Pezzetta	29
Animales liminales: Desafíos del derecho ante la estigmatización Gonzalo Pérez Pejic	37
Integración de los animales no-humanos en la comunidad política: <i>Zoopolis</i> Daniel Loewe Henny	43
Abolición y regulación de las actividades consideradas culturales o deportivas que suponen una excepción a las leyes de protección animal Ana Mulà Arribas	49
La cuantificación de los daños morales por los tribunales españoles en caso de fallecimiento del animal de compañía Irene Jiménez López	56
Sistema jurídico, empresa y animales Pierre Foy Valencia	63

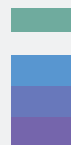
ARTÍCULOS

Los Animales en la Constitución Chilena: El Estado de la cuestión e Insumos para el Debate del Proceso Constituyente <i>Animals in the Constitution: Current State of Affairs and Inputs for the Constituent Process Debate</i> María José Chible Villadangos y Javier Gallego Saade	75
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Animales a la Constitución, su inclusión en Chile <i>Animals to the constitution, its inclusion in Chile</i>	
Fabián Molina Córdova	123
Hacia un principio de solidaridad ecológica e interespecies <i>Towards an ecological and interspecies solidarity principle</i>	
Israel González Marino	143
Animales silvestres, una revisión del sistema jurídico productivista chileno <i>Wild animals, a review of the chilean productive legal system</i>	
Camila Zárate Zárate	172
Cuidado compartido de animales en el ordenamiento jurídico chileno: Referencia del modelo jurisprudencial español <i>Shared care of animals in the Chilean legal system: Reference of the Spanish jurisprudential model</i>	
Stephanie Merlet Zuvic	207
Adquisición del perro comunitario en Chile <i>Acquisition of the community dog in Chile</i>	
Pía Bravo Bremer	236

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Evolución del tipo penal en delito de maltrato animal en Chile entre 1989 – 2019	
Alma Sánchez González	275
Sobre la pena accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para tenencia de animales a propósito de un caso de maltrato animal	
José Binfa Álvarez	295
Declaración de un perro como potencialmente peligroso vía recurso de protección. Del celo judicial al ninguneo institucional.	
Carolina Leiva Ilabaca	305
“Era callejero por derecho propio...” Comentario del dictamen de la Contraloría General de la República N° 20.435-2019	
Cristián Román Cordero	320



PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS DEL DERECHO ANIMAL

COMENTARIO SOBRE LA NECESIDAD Y JUSTICIA DE LA INCLUSIÓN DE LOS ANIMALES NO HUMANOS EN UNA NUEVA CARTA FUNDAMENTAL PARA CHILE

ARIADNA BEROIZ DÍAZ

ABOGADA, UNIVERSIDAD DE CHILE
ARIADNABEROIZ@GMAIL.COM

En la actualidad nuestro país se encuentra viviendo un proceso histórico, un hito excepcional para la apertura en la conciencia política chilena¹, y que ya venía mostrando algunos signos durante los años anteriores a su coyuntura. Una de las consecuencias más importantes de dicho proceso, sino la más, se reflejará en que la ciudadanía tendrá la posibilidad de decidir, a través de un plebiscito, la redacción de una nueva constitución y el mecanismo para llevarlo a cabo -convención mixta o convención constituyente-.

Con propiedad podemos señalar que esto supone un hito excepcional, en tanto la carta fundamental de un país es su norma máxima y la de mayor jerarquía, en ella se establecen los derechos y obligaciones de los ciudadanos, la estructura y organización del Estado y bajo sus lineamientos se dota de contenido a las demás normas que rigen la vida del país. En este sentido, es la ley fundamental que fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Inclusive, se podría señalar que una constitución es una programa para ser desarrollado a lo largo del tiempo, lo cual se observa especialmente en dos ámbitos: en un sentido político, en tanto permite fijar los objetivos y metas de una sociedad -como determinados derechos sociales, por ejemplo-, pero además, son programáticas en un sentido jurídico, pues contienen principios generadores y constructores de reglas jurídicas para el resto del ordenamiento normativo. Es entonces que se observa la relevancia de este histórico proceso constituyente, en tanto en un posible nuevo texto constitucional Chile decidirá los objetivos y nuevos

1 Recordemos lo que señaló Lautaro Ríos en años anteriores, pues bien podríamos decir que este es un proceso que se viene gestando hace años en el núcleo ciudadano: "La etapa de apertura de nuestra conciencia política que estamos viviendo, está marcada por varios signos premonitorios. (...) seguimos sintiendo la camisa de fuerza constituida por los enclaves autoritarios subsistentes que limitan y a veces impiden el ejercicio democrático del poder"., en RÍOS, Lautaro. La soberanía, el poder constituyente y una nueva constitución para Chile. *Estudios Constitucionales*. Santiago, Chile. 2017. 2(15):167-202. p. 168.

desafíos que se fijará como sociedad. Consecuente con lo anterior, no cabe duda que esta es una instancia propicia y relevante para la materialización de los cambios que se han reflejado en nuestra sociedad en los últimos años.

A este respecto, existe un tema de relevancia constitucional que ha sido tratado, reciente pero extensamente, por la doctrina y jurisprudencia comparada: la inclusión de los animales no humanos en la Carta Fundamental de una nación. Hoy existen una serie de países, con mayor o menor grado de desarrollo, que han optado por avanzar en la protección del bienestar animal, a través de la consagración de normas con rango constitucional. Gran parte de dichas constituciones se enfocan más bien en los intereses humanos que en el animal por sí mismo²; sin embargo existen naciones que han optado por otorgarle rango constitucional a los intereses individuales de los animales no humanos, tales como Brasil, Alemania, Suiza³ y Egipto, entre otros.

En este sentido, el evidente avance normativo en el derecho comparado sobre la protección con rango constitucional del bienestar animal, junto a la materialización de un nuevo proceso constituyente, nos lleva a reflexionar si acaso esta es la instancia para elevar el estatus del animal no humano en nuestro país y su eventual incorporación en el texto constitucional. Creo, en efecto, que la interrogante planteada anteriormente tiene una respuesta positiva, y existen una serie de razones para ello.

Ahora bien, y previo a la presentación de los fundamentos para dicha incorporación, cabe analizar qué puede señalar al respecto nuestra actual Constitución Política de la República de 1980 (la "Constitución"). A este respecto, la Constitución introdujo un derecho en materia ambiental y agregó el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, cual es el Artículo 19 N°8, que refiere: "Artículo 19 N°8°.- El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza".⁴; dicha obligación, según lo indica la normativa pertinente, consiste en elaborar: "El conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de

2 De hecho, gran parte de las cartas fundamentales que reconocen, en mayor o menor medida, a los animales no humanos, los identifican como meros objetos de agricultura, propiedad privada, o como elementos intrínsecos al medio ambiente en términos de conservación de especies.

3 El caso de Suiza es particularmente interesante, en tanto es el único país que ha optado por agregar a su carta fundamental el concepto de "dignidad", que históricamente ha sido pensado y construido para los intereses humanos.

4 Decreto N°100. (22/09/2005). Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la Republica de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

las especies y de los ecosistemas del país”⁵. De un análisis inicial observamos que los animales no humanos no se señalan en lo absoluto, ni siquiera desde un punto de vista antropocéntrico, y aún menos en consideración a sus propios intereses. Ahora bien, y si de nuestra propia interpretación quedara algún ápice de duda, la misma Corte Suprema, al ratificar una decisión de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, se ha encargado de confirmarla, a propósito de un recurso de protección en contra de una decisión de SERNAPESCA, en que, sutilmente, le negó la posibilidad a los animales no humanos de ser protegidos por el referido Artículo 19 N°8⁶. Ya con dichos antecedentes, bien podemos confirmar entonces que los animales no humanos no se encuentran incorporados o protegidos de ninguna forma en la Constitución; pero entonces, ¿por qué su consagración se hace absolutamente justa y necesaria en nuestro país?

En primer término porque, sin perjuicio de la actual base normativa que existe en Chile en materia de bienestar animal, dicha legislación se ha tornado insuficiente para una protección efectiva de los animales no humanos en relación a sus intereses como individuos. Como bien sabemos, nuestro ordenamiento jurídico refiere, en el núcleo de la legislación en materia civil, que los animales son bienes muebles semovientes⁷, y ello se complementa, por una parte, con el Código Penal -al penalizar el delito de maltrato animal-, con la Ley N°20.380 sobre Protección de Animales y la Ley N°21.020 sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía, entre otras; y, no obstante que una parte de ella ha supuesto un logro en las gestiones de organizaciones defensoras de los animales, dicha base legal no entrega las herramientas necesarias para que los intereses de los animales sean considerados en importantes actividades humanas o ciertas libertades que, a diferencia de ellos, sí están protegidas, de una u otra forma, por disposiciones con rango constitucional. Observemos, sólo a modo de ejemplo, el caso del rodeo: esta última es una actividad que un determinado grupo alega, por una parte, es un espectáculo que forma de la cultura y tradición chilena y, por otra, una actividad económica importante para su subsistencia; y, aunque podemos estar de acuerdo en que es una actividad que involucra sufrimiento y crueldad innecesario para los animales que participan de dicha actividad, la misma Ley N°20.380 pareciera no estar de acuerdo con ello al señalar en su Artículo 16 que

-
- 5 Ley N°19.300. (9/03/1994). Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
- 6 Mayor análisis de dicho caso se encuentra disponible en BEROIZ, Ariadna y BRIONES Z, José. *El animal no humano como nuevo sujeto de derecho constitucional* [en línea]. Memoria para optar la grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2018. [Fecha de consulta: 01/07/2020. p. 174.
- 7 “Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas”. En Código Civil. (30/05/2000). Artículo 567.

“Las normas de esta ley no se aplicarán a los deportes en que participen animales, tales como el rodeo, las corridas de vaca, el movimiento a la rienda y los deportes ecuestres, los que se regirán por sus respectivos reglamentos”⁸.

Sabemos que una buena parte de la doctrina señalaría en respuesta a lo anterior que únicamente bastaría con una modificación a la referida ley, pero ello no es del todo cierto y tiene como fundamento lo que indico a continuación: como bien referí previamente, el rodeo supone, para un cierto grupo, una actividad económica que podría estar protegida, por ejemplo, a la luz del Artículo 19 N°21 de la Constitución; por lo tanto, si eventualmente se intentara prohibir esta actividad, inmediatamente surgiría la discusión a propósito de la inconstitucionalidad de la norma que la prohíba, y en dicha discusión constitucional ¿qué posibilidad tendrían los intereses de los animales no humanos de ser un límite efectivo a los derechos de los defensores del rodeo? Absolutamente ninguna, en tanto una ley común se enfrentaría a una disposición con rango constitucional. Ahora bien, la incorporación de un artículo o referencia a la protección de los animales no humanos, al menos permitiría alterar la aplicación práctica del referido Artículo 16, en el sentido de que si existiese un bien protegido constitucionalmente (como el interés de un animal no humano en pos de su individualidad) que fuese en contra de lo que señala dicho artículo, entonces incluso éste último podría volverse inaplicable; y la posible derogación de esta norma, por producirse un conflicto normativo entre la Constitución y la ley⁹.

En segundo término, y justamente a propósito de la problemática expuesta en el primer fundamento, con la incorporación del bienestar animal en una eventual nueva constitución, nos anticiparíamos inmediatamente a un problema que ha sido objeto de múltiples estudios en el derecho comparado: la restricción y limitación a derechos fundamentales –en pos de determinadas libertades– en aras de un fin no reconocido en la Constitución. Al observar, por ejemplo el caso de Alemania, previo a la consagración en el año 2002 de una disposición constitucional, observamos que la jurisprudencia se encontraba dividida en torno a las limitaciones de actividades humanas justificadas por la protección de los animales, inclusive en el año 1994 el Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín elevó una cuestión de constitucionalidad respecto a la aplicación, de una disposición de la Ley de Protección de los Animales vigente en ese entonces, en el marco de la denegación de una solicitud para la realización de una

⁸ Ley N°20.380. (03/10/2009). Sobre Protección de Animales.

⁹ El ejemplo que mencioné anteriormente es perfectamente aplicable a todas aquellas actividades o libertades humanas que involucran la utilización, en mayor o menor medida, de animales no humanos para ser llevadas a cabo, tales como libertad científica, religiosa, artística, entre otras.

investigación básica neurofisiológica realizada en monos¹⁰; aun cuando existía una norma que limitaba la entrega de autorizaciones para investigaciones que acreditaran que el sufrimiento causado a los animales era éticamente defendible en atención a los fines perseguidos, el tribunal consideró que un bien como la protección de los animales, sin rango constitucional, no podía justificar una limitación a la libertad científica -que sí tenía protección a nivel constitucional-. Esta problemática únicamente pudo solucionarse en dicho país en el año 2002, en que se incorporó la protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales como un bien protegido constitucionalmente.

Si bien esto es un conflicto que no se ha discutido oficialmente en la jurisprudencia, ciertamente y de forma reciente, han ocurrido casos en que quienes se oponen a la prohibición de determinadas actividades económicas que involucran el uso de animales no humanos para su desarrollo, han puesto en tela de juicio la constitucionalidad de dichas prohibiciones¹¹. Ante un eventual conflicto de esta naturaleza, y con el propósito de permitir que los intereses de los otros animales puedan ser ponderados en una discusión constitucional sin poner en tela de juicio su falta de rango constitucional, es que se hace necesaria además una consagración constitucional.

En tercer término, una eventual disposición constitucional, que tenga por objeto la protección de los intereses de los otros animales, tendrá la aptitud suficiente para vincular a todos los poderes públicos para contribuir, en la mayor medida de lo posible, en su realización y protección. Más concretamente, una norma con rango constitucional, ya sea que garantice derechos subjetivos o la simple enunciación de bien protegido constitucionalmente, ciertamente tendrá la eficacia para obligar a todos los poderes estatales, grupos y personas; es, en gran medida, un deber positivo para ellos. Este atributo permitirá, por una parte, reforzar la institucionalidad que se ha forjado en Chile en torno al bienestar animal, como también la de obligar a aquellos poderes del Estado que no se han involucrado en la materia a tomar en cuenta la existencia e individualidad de los animales para legislar y/o desarrollar sus actividades.

En cuarto lugar, y no menos importante, otro fundamento que contribuye a la legitimidad de la protección jurídica de los intereses de los animales no humanos, es la necesidad de igualar, o al menos aproximar, nuestro actual ordenamiento jurídico

¹⁰ DOMÉNECH, Gabriel. *Bienestar animal contra derechos fundamentales*. (1º edición), Barcelona, España. Editorial Atelier, 2004. p. 99.

¹¹ Observemos el caso de la reciente prohibición de la circulación de los tradicionales coches victoria en la ciudad de Viña del Mar, a propósito de la cual el gremio refirió que se habían vulnerado sus derechos constitucionales, y que acudiría a la justicia. Disponible en: <https://www.soychile.cl/Valparaiso/Sociedad/2020/05/09/652989/Vina-del-Mar-cocheros-de-carros-victorias-reclamaron-por-vulneracion-de-derechos.aspx>.

al estándar internacional de aquellas naciones que sí han decidido otorgar rango constitucional al bienestar animal, en mayor o menor medida.

En quinto lugar y final, y dado que eventualmente Chile plasmará en una eventual nueva constitución sus objetivos y nuevos desafíos como sociedad, es que es necesario observar que los animales no humanos se encuentran presentes en una serie de aristas de actividades humanas; siempre lo han estado, sin embargo esa presencia multidimensional ya no se expresa de la misma forma que en épocas antiguas, sino que hoy, y es justo que así sea, se les ha comenzado a considerar -social y normativamente- en aras de su propia existencia e individualidad, e independiente del beneficio o retribución que puedan otorgar a su contraparte humana. La relación con los otros animales, o más bien el límite entre lo natural y los animales humanos se ha dibujado históricamente a través de uno de los elementos convencionales por excelencia, el Derecho, y dicho límite siempre ha atendido a la naturaleza de la relación vigente en cada momento histórico, de forma que si hoy el núcleo de dicha relación se ha modificado de forma positiva para los otros animales, es justo que la base normativa de dicha relación también cambie o al menos los términos en que ella se lleva a cabo se reinventen. Es más, creemos que dicha modificación debe reflejarse en la incorporación de un mandato que, aún cuando probablemente no suponga la creación de derechos subjetivos, sí sea capaz de vincular a los poderes públicos para proteger, en mayor o menor medida de lo posible, los intereses individuales de los animales no humanos como un bien protegido constitucionalmente y, por tanto, con la capacidad suficiente para limitar o restringir libertades humanas.

Por lo demás, en este nuevo escenario de la relación, en que nuestras acciones tienen consecuencias práctico-morales, y en que las decisiones que tomamos y las consecuencias que se derivan de ellas afectan también a esta nueva, me atrevo a decir, extensión de la ciudadanía, es que el nivel de actuación política, jurídica y ciertamente social debe elevarse¹². En este sentido, se hace absolutamente justo y necesario que el ordenamiento jurídico absorba aquellos cambios que se han gestado en la ciudadanía, o de otra forma aquellos pilares que componen dicho ordenamiento fracasarán en su intento por dar respuestas a quienes demandan dichos intereses legítimamente, tal como ha sido el caso en esta materia.

Finalmente, y prescindiendo de los posibles resultados que arroje el actual proceso constituyente, este es un asunto que sin duda alguna debe propiciar una modificación constitucional por los fundamentos ya expuestos.

¹² De forma precisa se refiere este punto en HERRERA, Asunción. ¿Cómo integra la globalización a *mi* otro *significativo*? En: RODRÍGUEZ, Jimena. *Animales no humanos entre animales humanos*. Madrid, España. Editorial Plaza y Valdés. 2012. p. 141-153.

LA DEFENSA DE LOS ANIMALES DESDE EL PRISMA CONSTITUCIONAL

NURIA MENÉNDEZ DE LLANO RODRÍGUEZ

ABOGADA

INVESTIGADORA Y DOCTORA © DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO
OBSERVATORIO DE JUSTICIA Y DEFENSA
ANIMALNMENENDEZDELLANO@GMAIL.COM

INTRODUCCIÓN

La defensa de los animales y su plasmación en los textos legales, a través de mandatos que obliguen a su protección y cuidado es uno de los principales ejes del Derecho Animal actual. Una vez que el Derecho Animal ha ido progresando y desarrollándose, ha ido surgiendo la necesidad de afianzar lo alcanzado, evolucionando desde el llamado bienestarismo animal y la consideración de los animales como objetos de protección legal, hacia el reconocimiento de derechos propiamente dichos a los animales no humanos.

Dentro del neoconstitucionalismo ambiental y animal podemos observar que algunos países ya incluyen en sus constituciones referencias expresas a los animales y ciertos mandatos de protección, pero el mayor desafío jurídico, el objetivo último, sigue siendo la constitucionalización de los derechos de los animales.

La preocupación por la cuestión animal es una constante desde hace siglos. Comenzó con un amplio debate ético y filosófico sobre cómo era y cómo debiera ser el trato que los humanos dispensamos a los demás animales, y si éstos podían o no ser agentes morales. Con el paso del tiempo, el enfoque ético fue, poco a poco, llegando a importantes consensos y, paulatinamente, se fueron dando pasos hacia la consideración del animal no humano como un agente político, en el sentido de ser protagonista de debates e iniciativas parlamentarias cuya intencionalidad última fuera trasladar a la agenda política el consenso social sobre la consideración ética mayoritaria hacia los animales, y convertirlo en la voluntad del legislador.

Se aprecia, en un lento progreso gradual, que la consideración del animal como agente moral y político nos ha llevado también a la consideración del animal no humano como agente jurídico.

Cuando hablamos de convertir el consenso ético y social, en relación a la protección de los animales no humanos, en un debate político que fructifique en legislaciones que amparen y plasmen los intereses de los animales en derechos, lo hacemos pensando en el legislador ordinario. Globalmente, se observa que muy pocas legislaciones nacionales han descosificado a los animales, reconociéndoles un estatuto jurídico propio como seres vivos con capacidad de sentir. La mayoría de los Estados, aunque poseen alguna legislación protectora, siguen considerando a los animales legalmente como bienes. Aunque disponen de normas sancionadoras que imponen obligaciones y penalizan el maltrato y el abandono, muy pocas reconocen derechos positivos directos a los animales no humanos.

Resulta sumamente importante que los distintos sistemas legales tengan habilitadas las bases jurídicas necesarias para que la consolidación de los derechos de los animales, también a nivel constitucional, sea lo más fecunda posible y, para ello, a mi juicio, deben haberse cumplido previamente dos condiciones necesarias.

La primera de ellas es la descosificación legal de los animales, es decir, la elaboración de un estatuto jurídico propio de los animales no humanos en el que se reconozca la sintiencia animal y, por supuesto, que esté claramente diferenciado del régimen de propiedad legal.

En segundo lugar, y siempre que se haya dado la condición anterior, debiera existir una legislación especial de alcance nacional que reconozca ya algunos de los llamados derechos positivos básicos del animal no humano. Con este término me refiero a derechos subjetivos de los que sean titulares los animales aunque, como cualquier derecho, no serán derechos absolutos y podrán ser limitados mediante las pertinentes habilitaciones legales. Como ejemplo de estos derechos, podemos considerar el derecho a la vida, el derecho a la libertad de movimiento, el derecho a no sufrir dolor, miedo ni estrés, el derecho a tener un comportamiento natural conforme a las necesidades fisiológicas y etológicas de cada especie, etc.

A mi parecer, resulta aventurado pretender el reconocimiento constitucional del animal no humano cuando ni siquiera se hayan conseguido esas bases legales previas y los animales sigan siendo considerados legalmente objetos en propiedad o recursos naturales a explotar por el humano.

No obstante, todo lo anterior, como cualquier cambio social, político y legal de calado, requerirá de tiempo, estudio, reflexión, teorización y creación de categorías abstractas y de construcciones jurídicas complejas que nunca antes fueron pensadas para otros sujetos que no fueran los seres humanos.

Además, el estudio de un nuevo paradigma constitucional que pretenda, con solvencia, sentar las bases del reconocimiento de los derechos de los animales en los textos constitucionales no puede limitarse al estudio de los valores y principios constitucionales de protección animal ya existentes en las constituciones de algunos Estados.

El cometido es, y debe ser, mucho más complejo. Debe ser objeto de teorización, de debate, de abstracción científica dentro del Derecho Constitucional. No podemos olvidar que no son pocos los obstáculos que habrá que sortear y las argumentaciones a aportar para fundamentar el peso de las reformas constitucionales a acometer, dadas las mayorías cualificadas que una reforma constitucional requiere. No podemos perder de vista que constituye el objetivo más relevante y ambicioso que se plantea el Derecho Animal Contemporáneo y, sin duda, es necesario que se acometa con solvencia y sosiego.

A continuación, se esbozarán algunos retazos de cómo se han ido dando pasos para que los animales también sean agentes constitucionales y de qué maneras pueden transitarse esos escenarios tan complicados de materializar en un mundo eminentemente antropocentrista y especista.

II

LOS ANIMALES NO HUMANOS Y LAS CONSTITUCIONES

No cabe duda de que el hecho de que ya existan constituciones en el mundo que mencionen a los animales es un adelanto y, sin duda, sirve para constatar la existencia de lo que se viene a llamar neoconstitucionalismo animal y ambiental dentro del llamado constitucionalismo de cuarta generación.

Entre los países que han optado por incluir en sus textos constitucionales menciones expresas a los animales se encuentran, por ejemplo, naciones tan dispares como Suiza, India, Brasil, Eslovenia, Alemania, Luxemburgo, Austria o Egipto.

Las motivaciones que han llevado, a unos y otros países, a realizar tales reformas constitucionales han sido muy dispares y, desde una perspectiva crítica, se puede afirmar que, mayoritariamente, resultan de poco peso constitucional, a pesar de que se aplaude el hecho de que hayan iniciado un camino necesario, pero no suficiente, para que los intereses de los animales no humanos sean consolidados a nivel constitucional.

Por otro lado, ya son numerosas las constituciones europeas y americanas que han optado, desde hace décadas, por introducir mandatos genéricos de protección de la Naturaleza y del medioambiente, así como otros valores superiores dentro del marco constitucional a los que, quizá, se les debiera prestar más atención a la hora de buscar mecanismos efectivos de protección constitucional de los intereses de los demás animales. No debieran ser apriorísticamente desdeñados por el mero hecho de no contar con menciones expresas del término animal. Tal es el caso, por ejemplo, de las constituciones francesa, ecuatoriana, costarricense, colombiana o española.

Dentro de los juristas que se aproximan al Derecho Constitucional con una visión animalista, se advierte una tendencia consistente en rechazar a limine las vías indirectas de protección constitucional de los animales, es decir, aquellas que pueden servir también para defender los intereses de los animales utilizando preceptos constitucionales ya

vigentes. Sin embargo, considero que esta vía puede resultar útil en el momento actual. De este modo los esfuerzos se centrarían —dando tiempo a conseguir, mientras tanto, los requisitos legales previos anteriormente mencionados— en buscar una argumentación jurídico-constitucional que permita la extensión de los intereses de los demás animales, utilizando los mandatos ya existentes en la mayoría de los textos constitucionales. Entre los preceptos que podrían resultar de interés, estarían aquellos que incluyan mandatos o fines de Estado de protección del medioambiente, del patrimonio natural y cultural, o mediante el refuerzo del ejercicio de los derechos fundamentales de los defensores de los animales, como la libertad de expresión referida a ideas relativas a la ética y defensa de los derechos de los animales, la libertad de manifestación o de reunión, la libertad de conciencia a la hora de negarse a realizar experimentos educativos con animales o a exigir una alimentación vegana en todo tipo de comedores públicos.



CONCLUSIÓN

Cuando nos planteamos, a día de hoy, el ambicioso objetivo de que un determinado Estado, con sus peculiaridades sociales, políticas y económicas, acometa una reforma constitucional que tenga en consideración a los animales no humanos, sabemos que, en las sociedades actuales, eminentemente especistas, existen innumerables intereses en sentido contrario que percibirán tal avance como una amenaza para sus intereses particulares. Por ello, pondrán en marcha una maquinaria pesada para, con mucha probabilidad, evitar tal reforma o minimizarla de tal manera que se convierta en una mera declaración de principios sin sustancial recorrido práctico. Esta es una realidad que debemos asumir, y cuya reflexión no debe ser obviada.

Lo que nos queda, entonces, es debatir si es más efectivo para los animales conseguir en una determinada Constitución la mera mención simbólica de estos o si, por el contrario, lo que pudiera parecer un avance, escondiera la excusa perfecta para frenar reformas constitucionales futuras, de más calado, que permitan abordar la cuestión animal a nivel constitucional con la pretensión de que se reconozcan determinados derechos a los animales con entidad jurídico-constitucional suficiente como para reforzar el posicionamiento de sus intereses básicos frente a intereses puramente humanos de sentido contrario.

Personalmente, y tras varios años investigando este tema como parte nuclear de mi tesis doctoral, encuentro muy estimulante la idea de acercarme a otras realidades incontestables que están pasando inadvertidas en los textos constitucionales actuales, como la indudable animalidad humana dentro la naturaleza o la vinculación existente entre la protección del medio ambiente y la propia habitabilidad del planeta para cualquier ser vivo.

Sin duda, este es un debate que debemos plantear y seguir desarrollando desde el Derecho Constitucional en el seno del movimiento animalista, sin perder de vista la eficacia real de las reformas propuestas y la necesidad perentoria de que sean tenidos en consideración, lo antes posible, los intereses de los demás animales.

LOS DESAFÍOS DE LA DECLARACIÓN DE TOULON

CAROLINE REGAD

PROFESORA-INVESTIGADORA UNIVERSITARIA,
UNIVERSIDAD DE TOULON
LAUREADA DE LA FACULTAD DE DERECHO
COAUTORA Y CO-REDACTORA DE LA
DECLARACIÓN SOBRE LA PERSONALIDAD
JURÍDICA DE LOS ANIMALES, DEL 29 DE MARZO
DE 2019, LLAMADA "DECLARACIÓN DE TOULON"
CAROLINE.REGAD@UNIV-TLN.FR

CÉDRIC RIOT

PROFESOR-INVESTIGADOR UNIVERSITARIO,
UNIVERSIDAD DE TOULON
ABOGADO
COAUTOR DE LA DECLARACIÓN SOBRE LA
PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS ANIMALES
DEL 29 DE MARZO DE 2019 LLAMADA
"DECLARACIÓN DE TOULON"
CEDRIC.RIOT@UNIV-TLN.FR

"Nosotros, universitarios del área del derecho, quienes participamos en el trío de coloquios desarrollado en la Universidad de Toulon que aborda el tema de la personalidad jurídica de los animales". Es con estas palabras que se abre la Declaración sobre la personalidad jurídica de los animales, llamada "Declaración de Toulon", proclamada el 29 de marzo del año 2019.

La trilogía de coloquios a la que se hace mención es aquella llevada a cabo en el año 2018¹, a la cual responden una serie de obras coherentes², y cuya fragmentación tripartita conduce a considerar, de forma sucesiva, los animales de compañía, los animales "vinculados a un fondo" (es decir, los animales de producción, de entretención, de experimentación), y los animales salvajes. Fruto de una reflexión colectiva de universitarios de las tres secciones francesas del derecho³, la Declaración de Toulon fue presentada durante la reunión solemne con la que se dio término al coloquio los días 28 y 29 de marzo del 2019.

-
- 1 REGAD, Caroline, RIOT, Cedric et al. *Les animaux de compagnie*. In: Colloque La personnalité juridique de l'animal (I) (Toulon, Francia) 29 marzo 2018; REGAD, Caroline y RIOT, Cedric. *Les animaux liés à un fonds: les animaux de rente, de divertissement, d'expérimentation*. In: Colloque la personnalité juridique de l'animal (II) (Toulon, Francia) 28 y 29 marzo 2018; REGAD, Caroline. y RIOT, Cedric. *Les animaux sauvages*. In: Colloque La personnalité juridique de l'animal (III) (Toulon, Francia) inicialmente prevista el 28 marzo 2020, evento aplazado en razón de las instrucciones gubernamentales en contexto de la lucha contra la propagación del Covid-19.
 - 2 REGAD, Caroline, RIOT, Cedric, y SCHMITT, Sylvie. *La personnalité juridique de l'animal. Les animaux de compagnie* (1), Toulon, France. LexisNexis, 2018. 170p.; REGAD, Caroline y RIOT, Cedric. *La personnalité juridique de l'animal. Les animaux liés à un fonds (les animaux de rente, de divertissement, d'expérimentation)*, (2), Toulon, France. LexisNexis. 2020.170 p.; REGAD, Caroline y RIOT, Cedric., *La personnalité juridique de l'animal. Les animaux sauvages, à paraître* (3).
 - 3 En Francia, tres especialidades integran el conjunto del derecho: "derecho privado y ciencias criminales" (sección 1), "derecho público" (sección 2), "historia del derecho y de sus instituciones" (sección tres).

Planteando un principio jurídico sólido, el de la personalidad jurídica de los animales, la Declaración de Toulon es un texto de vocación universal. La Declaración se moviliza por el mundo gracias a aquellos que desean hacer evolucionar el estatus jurídico de los animales (Estados, diputados, investigadores, abogados, asociaciones), uniéndose así a las otras fuentes activas del Derecho. La Declaración de Toulon representa una base fundadora en el derecho de los animales disponiendo, en su párrafo 4, que “la condición de persona, en términos jurídicos”, debe ser reconocida a los animales.

El principio es indiscutible: sin una personificación legal previa, los animales no pueden tener derechos. Debatir sobre proyectos de reformas destinadas a garantizar derechos entendidos como adicionales de los animales (reglas de protección y/o de bienestar animal) sin haberles dado previamente una personalidad jurídica significa, por decirlo de forma metafórica, construir pisos adicionales en un inmueble que tiene cimientos inestables. Dicho de otra forma, esto implica construir el edificio jurídico antes de sentar las bases, lo que no sería coherente. En efecto, desprovistos de toda personalidad jurídica, sometidos en principio al régimen de las cosas, los animales demuestran una incapacidad teórica a esta titularidad. Para tener derechos, el animal debe ser entonces visto como una persona en el sentido jurídico del término, siendo este el único modo de asegurar la coherencia del derecho⁴ y una protección digna de los animales.

Es con esta intención de garantizar la seguridad jurídica y la coherencia del derecho que fue redactada la Declaración de Toulon, que pretende elevar al animal a un rango de sujeto de derecho. Sin límite de fronteras ni de tiempo, ella constituye la base jurídica de un verdadero “derecho” de los animales.

Como seres vivos, sensibles, inteligentes y conscientes, los animales no pueden ser tratados como cosas. Es este el caso de la mayoría de los sistemas jurídicos estatales. Contrario a lo anterior, la Declaración de Toulon da cuenta de una incoherencia (i) que propone regular a través del reconocimiento de una personalidad jurídica del animal (ii) por la personificación a los ojos del derecho, las “carencias de hoy” se transforman en la “fuerza de mañana”⁵.

4 REGAD, Caroline y RIOT, Cedric. *La personnalité juridique de l'animal, seul moyen d'assurer la cohérence du droit*. In: Colloque de l'Assemblée Nationale Française. Paris, Francia. 20 noviembre 2018.

5 RIOT, Cedric. *La personnalité juridique de l'animal de compagnie. Carences d'aujourd'hui, force de demain*. In: REGAD, Caroline, RIOT, Cedric, y SCHMITT, Sylvie. *La personnalité juridique de l'animal. Les animaux de compagnie* (1), Toulon, Francia. LexisNexis, 2018. 170p. p.85 y s.

LA CONSTATACIÓN: LA INCOHERENCIA DEL DERECHO DENUNCIADO POR LA DECLARACIÓN DE TOULON (CAROLINE REGAD)

La constatación planteada por la Declaración de Toulon, que coincide asimismo con el programa de la trilogía universitaria y científica en la que se enmarca, es aquella de la incoherencia del derecho. En ciertos Estados, como Francia, podemos incluso hablar de una especie de esquizofrenia jurídica que (1) no tiene razón de ser desde el momento que se instaura un diálogo con las otras ciencias (2).

1. SALIR DE LA ESQUIZOFRENIA JURÍDICA

En la mayoría de los sistemas jurídicos, los animales son considerados como objetos. En ciertos países, se avanza por la vía de la “descosificación”, Austria, Alemania, o incluso Suiza, designan a los animales en su Código Civil como “no cosas”, sin precisar la categoría jurídica de la cual forman parte. La formulación negativa dio lugar a una expresión positiva en Colombia, en Portugal, e incluso en Francia donde los animales son seres vivos dotados de sensibilidad⁶.

El caso francés pone en evidencia la incoherencia del derecho. La ley de febrero del año 2015 que introduce el artículo 515-14 en el Código Civil napoleónico dispone que “Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Bajo reserva de las leyes que los protegen, los animales están sometidos al régimen de los bienes”. La ley crea una categoría inédita (los seres vivos) sometiéndolos, en cierta medida, al régimen de los bienes. Este tipo de paradojas puede resolverse por la personalidad jurídica del animal a la cual exhorta la Declaración de Toulon.

De trascendencia universal, la Declaración de Toulon formulada por los universitarios del área del Derecho dibuja los contornos de las “soluciones satisfactorias y favorables a todos” (párrafo 10). Los animales podrían así inclinarse a la categoría de personas. En tanto que son seres vivos, serían vinculados a las personas físicas y no a las personas morales (cuya existencia ya se encuentra reconocida hace tiempo por el Derecho). Los animales serán entonces considerados como personas físicas no-humanas dotadas de un régimen específico, diferente al de las personas humanas⁷. En cualquier caso, “es urgente ponerle fin definitivamente al reino de la cosificación” (párrafo 2) al entrar en la vía de la personificación jurídica.

6 GIMENEZ-CANDELA, Teresa. *Le statut de l'animal de compagnie : législation espagnole comparée*. In: REGAD, Caroline, RIOT, Cedric, y SCHMITT, Sylvie. *La personnalité juridique de l'animal. Les animaux de compagnie* (1), Toulon, Francia. LexisNexis, 2018. 170p. p. 76.

7 REGAD, Caroline y RIOT, Cedric. *L'animal, personne physique non-humaine*. In: *Les Annales de la Faculté de droit de Nice*. Nice, Francia. Marzo 2019, pp. 201-211.

Los datos convergentes, provenientes de las otras ciencias, confirman que “los conocimientos actuales exigen una nueva mirada jurídica sobre los animales” (párrafo 3).

2. DIALOGAR CON LAS DEMÁS CIENCIAS

Los especialistas en el derecho de los animales deben llevar a cabo un intercambio permanente entre las diferentes áreas de la ciencia. Tomando conocimiento de los trabajos realizados en los otros campos de disciplina sobre los animales, el Derecho debe acompañar la realidad, no deformarla. Pues bien, las ciencias confirman cada día que los animales son seres sensibles e inteligentes.

2.1 El avance de las ciencias

En síntesis, para los animales que fueron el objeto, o mejor dicho que fueron el sujeto de estudio, se observa especialmente que pueden reír, utilizar y fabricar herramientas. Que tienen una aptitud para apreciar el arte, incluso practicarlo (pintura, música, etc.). Que tienen intenciones. Que tienen conciencia de su propia identidad y la conciencia de saber lo que saben. Que también hacen gala de una “teoría de la mente”, es decir la capacidad de pensar en el lugar del otro. Que algunos de ellos han confirmado tener pensamientos racionales, e incluso una capacidad de abstracción. Que tienen una capacidad de comunicar e interactuar de forma interespecífica e intraespecífica⁸. Que tienen ritos y generalmente una forma de cultura, y como lo reconoce la ONU desde el 2014, ciertas especies de animales tienen una “cultura no-humana”.⁹

En esta misma línea, el 7 de julio del año 2012, unos científicos proclamaron la Declaración sobre la consciencia de los animales¹⁰, llamada Declaración de Cambridge, cuyos términos son los siguientes: “Los datos convergentes indican que los animales no-humanos poseen los sustratos neuroanatómicos, neuroquímicos y neurofisiológicos de los estados conscientes, al igual que la capacidad de desarrollar comportamientos intencionales. En consecuencia, la solidez de las pruebas lleva a concluir que los humanos no son los únicos que poseen los sustratos neurológicos de la consciencia. Los animales no-humanos (...) poseen de igual forma estos sustratos neurológicos”. Este momento histórico en la consideración de los animales exige una respuesta jurídica, prestada por la Declaración de Toulon.

Consideraciones aún mayores fueron igualmente tomadas en cuenta.

8 Para el conjunto de los elementos siguientes, una gran parte de las numerosas fuentes científicas consultadas se encuentran en REGAD, Caroline. *Pour en finir avec la schizophrénie du droit des animaux*. Toulon, Francia. 2019, pp. 42-137.

9 Convención sobre las especies migratorias, llevada a cabo por la Conferencia de las Partes en ocasión de su 11ª reunión en Quito, los días 4 y 9 de noviembre 2014.

10 La declaración fue escrita por P. Low y editada por D. Reiss, D. Edelman, B. Van Swinderen et C. Koch. Fue oficialmente proclamada en *Francis Crick Memorial Conference on Consciousness in Human and non-Human Animal* en Churchill Collège de la Universidad de Cambridge el 7 de julio del año 2012.

2.2 La comunidad de los seres vivos

De manera esquemática, tradicionalmente, todos los seres vivos se representaban de forma piramidal con el ser humano en su punto más alto. Este enfoque ya no es sostenido por los científicos. Hoy en día, la clasificación se hace en el seno del arbusto de los vivos, del árbol de los vivos, del árbol de la vida (*the tree of life*) con, en su centro, un ancestro común llamado LUCA (*Last Universal Common Ancestor*), el ser humano desarrollándose en una rama. En todo caso, no hay jerarquía en este árbol, y el ser humano conserva aquello que lo hace específico¹¹. Esta diferencia en la representación trae consigo la idea de una comunidad de seres vivos en la cual el ser humano debe revisar su lugar y su rol con más cuidado y moderación¹². El arbusto de los vivos llama entonces a interrogarnos: ¿qué rama debemos cortar para que caiga en el campo del derecho?

Lo esencial es cambiar la mirada jurídica sobre los seres vivos en general y sobre los animales en particular. La Declaración de Toulon contribuye a esta toma de consciencia progresiva y general de esta comunidad de los seres vivos, indicando particularmente que es posible, en el Derecho, considerar a los animales como personas en sentido jurídico. Como ocurre con la Declaración de Cambridge, ella es conocida como un marcador de civilización sólido¹³. Frente a los males de la incoherencia del Derecho, propone un remedio: que la personalidad jurídica de los animales, “es una etapa indispensable para alcanzar la coherencia del sistema de derecho” (párrafo 8).



EL REMEDIO: LA PERSONALIDAD JURÍDICA PROPUESTA POR LA DECLARACIÓN DE TOULON (CÉDRIC RIOT)

La Declaración de Toulon tiene por objetivo reconocer la personalidad jurídica de los animales al introducir en el derecho común una nueva categoría jurídica: “la persona (física) no-humana”. Las consecuencias de este reconocimiento son varias. En tanto que

¹¹ BARATAY, Éric. Les dessous de la personnalité non-humaine. In: REGAD, Caroline y RIOT, Cedric. La personnalité juridique de l'animal. *Les animaux liés à un fonds (les animaux de rente, de divertissement, d'expérimentation)*, (2), Toulon, France. LexisNexis. 2020.170p. p. 23.

¹² Sobre los desarrollos en la comunidad de los seres vivos, ver REGAD, Caroline. *Echographie des animaux liés à un fonds : l'analyse d'une personne physique non-humaine*, In: REGAD, Caroline y RIOT, Cedric. *La personnalité juridique de l'animal. Les animaux liés à un fonds (les animaux de rente, de divertissement, d'expérimentation)*, (2), Toulon, France. LexisNexis. 2020.170p. p. 62 y s.

¹³ REGAD, Caroline y RIOT, Cedric. *Presentación de la Declaración de Toulon. Personalidad jurídica de los animales* En: 1º congreso virtual internacional de derecho animal 2020. Argentina. 25-29 mayo 2020. Evento organizado por N. Barainca, L. Bilicic, J. Busqueta, C. Céspedes Cartagena, L. Farach et A. Morandi.

persona jurídica, (1) los animales serán titulares de los derechos (2) propios que permitirán tomar en consideración su interés. (3) A esto se agrega el aspecto preventivo en el que el reconocimiento de la personalidad jurídica, simbólicamente sólida, traerá por ella misma efectos sobre las relaciones que el ser humano puede mantener con los animales.

1. LOS ANIMALES, COMO PERSONAS, SON TITULARES DE DERECHOS.

Reconocer la personalidad jurídica a los animales conduce a una protección de principio (1.1) y conlleva mecánicamente el reconocimiento de los derechos (1.2).

1.1 Hacia una protección de principio de los animales

No se puede hablar de derecho propiamente tal de los animales, sin personalidad jurídica. La reglamentación actual no hace sino multiplicar las obligaciones de los seres humanos en vistas a los animales, lo que no es, en muchos aspectos, satisfactorio. Si le reconocemos a los animales una personalidad jurídica, va a nacer un sujeto de derecho, distinto del ser humano y titular de derechos. El objetivo es invertir el enfoque positivo que reposa en una protección por excepción, para lograr una protección general que apunte al interés de los animales. Este cambio de paradigma propuesto es importante ya que, desde un punto de vista jurídico y conforme al adagio "las excepciones a la regla deben ser interpretadas de forma estricta".

Es uno de los objetivos de la Declaración de Toulon del 29 de marzo del año 2019 sobre la personalidad jurídica de los animales.

1.2 Hacia el reconocimiento de los derechos para los animales

La personalidad jurídica permite conferir a los animales un conjunto de derechos que los distinguen jurídicamente de las cosas. Más allá de los derechos fundamentales, los derechos subjetivos podrían ser reconocidos y organizados de manera que correspondan a la organización social de nuestras sociedades. Naturalmente, los derechos diferenciados serían definidos con el fin de asegurar la adaptación del derecho a la evolución y a las necesidades de cada especie. Sería posible reconocer derechos fundamentales a todos los seres sensibles, incluso si las preguntas no se plantean de manera idéntica en cuanto a los animales entendidos como salvajes y a los animales de compañía. Para ilustrarlo de mejor forma, el derecho a la libertad se entiende para los primeros como el derecho a no ser detenidos, o por lo menos no en condiciones indignas, y para los segundos como la posibilidad de explorar su entorno, ligado sobre todo a los paseos de los perros, a un espacio suficiente o a interactuar con aquellos de su misma especie.

Por lo tanto, los derechos de los animales se autonomizan y sus intereses pueden ser tomados en cuenta, tal como lo precisa la Declaración de Toulon en su párrafo 5: "allende las obligaciones que se imponen a las personas humanas, se reconocerán derechos propios a los animales, lo que implica la consideración de sus intereses".

2. LA CONSIDERACIÓN DEL INTERÉS DE LOS ANIMALES Y LA AUTONOMÍA DE LOS DERECHOS

La personalidad jurídica aportaría respuestas frente a un vacío jurídico, ofreciendo un cuerpo de reglas sobre las cuales los jueces podrían fundar sus decisiones. La introducción en el derecho común de disposiciones relativas a la "persona física no-humana" permitiría imponer al juez un referente, el interés propio de los animales, lo que es difícil de llevar a cabo con la lógica actual del animal-objeto.

A modo de ejemplo, en una partición sucesoria o en una separación, no se toma en cuenta el interés, ni menos el bienestar de los animales de compañía, si nos atenemos a una lectura estricta de los textos. En materia sucesoria, este estado del derecho que considera a los animales como una cosa, le impide adquirir la propiedad de los bienes. Los animales son incapaces de suceder y pueden incluso ser ellos mismos objetos de sucesión. Al ser de propiedad del *de cuius*, integrará la masa sucesoria al fallecimiento de este último, y verá su suerte sometida al acuerdo de los comuneros, en el marco de la gestión de la indivisión sucesoria, y al riesgo de la partición. La ausencia de la personalidad jurídica es sin lugar a duda perjudicial al porvenir del animal en la hipótesis de la desaparición de su dueño. En un momento difícil de su vida, será no solamente privado de un ser amado, pero será igualmente, si nos atrevemos a decirlo de esta forma, abandonado por el derecho (los animales son considerados como un bien sucesorio). Para suceder, hará falta existir en el momento de la apertura de la sucesión o bien, que, siendo conocido, nazca viable. No nos referimos con esto a la existencia física, pero a la existencia jurídica, es decir a la personalidad jurídica, a la aptitud de adquirir derechos. De esta forma, en el primer párrafo de la Declaración de Toulon, cuyas implicancias son numerosas, dispone: "Que los animales deben considerarse universalmente como personas y no como cosas". Los animales, ya no siendo considerados bajo un aspecto patrimonial, pueden figurar entre los sucesibles. El fuerte vínculo que une al ser humano con su animal durante su vida puede así continuar en el caso de la muerte del adoptante, respetando su última voluntad. Como sucesible, sin embargo, los animales no podrían ser asimilados al ser humano y convendría determinar la parte máxima que le podría ser reservada. Las asociaciones o fundaciones de defensa de los animales tendrían la facultad de abrir una sección a cargo de los asuntos patrimoniales, y podrían así mismo ayudar a las personas que desean simplemente asegurar un porvenir para sus animales.

En cuanto al divorcio, los animales, como objetos de derecho, ven su suerte ser decidida por las leyes que rigen la liquidación del régimen matrimonial de los cónyuges. Gracias a la personalidad jurídica, el juez se vería con la imposición de tomar en cuenta el interés del animal y debería por tanto estudiar las propuestas de los "encargados" sobre sus condiciones de vida, su bienestar y determinar cuál de ambos le podrá asegurar un mejor porvenir.

En fin, el reconocimiento de la personalidad jurídica de los animales, efectuada por la Declaración de Toulon, jugará un rol preventivo eficaz.

3. EL ASPECTO PREVENTIVO CONTRA LOS MALOS TRATOS A LOS ANIMALES

Cuando invocamos la problemática sobre los malos tratos a los animales, el debate se cristaliza a menudo sobre un asunto de Derecho Penal que dice relación con el endurecimiento de las penas ya existentes. El aspecto preventivo es igualmente importante, y no necesita establecer medidas más represivas. Un cuerpo jurídico que ofrezca personalidad a los animales tendría un efecto preventivo real, principalmente contra los malos tratos. En el inconsciente colectivo, la noción de persona tiene un valor particular y los animales, al convertirse en persona y dejando de ser una cosa sobre la cual se tiene propiedad, se pueden beneficiar. Las palabras tienen un sentido y la noción de persona puede ser un instrumento de retención para los potenciales delincuentes, y un instrumento desinhibidor para los jueces, quizás más inclinados a condenar severamente el atentado contra una persona no-humana que, contra una cosa, incluso aunque esta tenga sensibilidad.

La inclinación hacia la categoría de las personas es indispensable para otorgarle una coherencia al derecho y hacer entrar a los animales, con la máscara de persona, en el gran teatro jurídico. La Declaración de Toulon prueba que este teatro no tiene fronteras, ya que posee una dimensión universal. Remitiendo a las decisiones de la sociedad la segmentación precisa¹⁴, este texto innovador invita a tomar jurídicamente un componente del árbol de los seres vivos gracias a la personalidad jurídica: "Que, desde la perspectiva del derecho, la situación jurídica de los animales cambiará en la medida en que se los eleve al rango de sujetos de derecho". (Declaración de Toulon, *in fine*)

¹⁴ Remitirse a los desarrollos sobre «Les limites aléatoires du droit des vivants» y «Un principe fort, une application souple» de Caroline Regad en REGAD, Caroline y RIOT, Cedric. *La personnalité juridique de l'animal. Les animaux liés à un fonds (les animaux de rente, de divertissement, d'expérimentation)*, (2), Toulon, France. LexisNexis. 2020. 170.p. p. 65-66.

EL GIRO ANIMAL: IMPACTO Y DESAFÍOS PARA EL DERECHO LATINOAMERICANO

SILVINA PEZZETTA

DOCTORA EN DERECHO, UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO
INVESTIGADORA ADJUNTA CONICETPROFESORA DE ÉTICA ANIMAL EN
DERECHO, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
SILVINAPEZZETTA@DERECHO.UBA.AR

INTRODUCCIÓN: LA REFLEXIÓN ÉTICA SOBRE QUÉ LES DEBEMOS A LOS DEMÁS ANIMALES

En este breve trabajo quiero presentar algunas ideas centrales respecto de lo que se conoce como giro animal. Aunque la bibliografía sobre las distintas corrientes de ética animal no puede ser abarcada en tan corta extensión, entiendo que los autores a quienes se hará referencia son de vital importancia para entender las razones de las nuevas demandas sociales en favor de los demás animales. Asimismo, daré cuenta de lo que considero una carencia en el campo jurídico, a saber, la falta de desarrollo de una teoría o filosofía del derecho que pueda aportar herramientas teóricas para que abogados y abogadas que aporten al cambio del estatus legal de los animales no humanos.

Todo ello se hará con especial referencia al contexto latinoamericano. Éste presenta desafíos específicos tales como la desigualdad social, la violencia, la pobreza, una fuerte dependencia económica de sus recursos naturales y una larga tradición de movimientos sociales que han hecho reivindicaciones de distintas clases de derechos. Es importante aclarar que la extensión del trabajo no permite más que un planteo rápido, e incluso superficial. Sin embargo, considero que puede resultar un aporte en tanto sólo tiene por miras abrir al debate en estas latitudes que afronta dificultades específicas.



EL CAMBIO DE CONSIDERACIÓN MORAL DE LOS DEMÁS ANIMALES EN EL ÁMBITO DE LA ÉTICA

La pregunta sobre qué les debemos a los animales no humanos, o los demás animales, ha resurgido con fuerza luego de que el filósofo australiano SINGER publicara “Liberación animal” (1975). Este libro se convirtió en un clásico y dio inicio en el mundo académico a la discusión sobre las formas en que explotamos, sometemos y asesinamos a muchas especies animales. SINGER analizó la situación de los denominados animales de granja, la experimentación animal y el impacto e ineficacia de la producción de alimentos de origen animal. Si bien su libro estaba pensado para el gran público y no utiliza explícitamente la filosofía a la que el autor adhiere, el utilitarismo, el primer capítulo es vital para quien quiera comprender por qué los intereses –o derechos, según sea la teoría que se sustente– de los demás animales deben ser igualmente considerados cuando deliberamos sobre acciones individuales o institucionales.

Para explicar su posición, SINGER introduce el término especismo, acuñado por RYDER, que da cuenta de una forma de discriminación injustificada. Como bien señala el autor, cuando deliberamos sobre si llevar adelante una acción que afectará a otro/a/s (y respecto de quién/es sería/n un/a/s otro/a/s) deben tomarse en consideración sólo aquellas características del sujeto que sean moralmente relevantes. En este sentido, ni la inteligencia, ni la autonomía para tomar decisiones, ni la posibilidad de ser moralmente responsables, tienen relevancia moral cuando se trata de establecer quién sufriría por actos tales como las lesiones físicas, la privación de la libertad o la muerte. En ese orden del razonamiento moral que propone SINGER, cualquier animal, humano o no, que tenga experiencias subjetivas de placer y dolor, como mínimo, tiene interés en no sufrir experiencias adversas y en gozar eventos placenteros. Esta capacidad se denomina sintiencia y es un prerrequisito para decidir si estamos frente a un otro con intereses que deban ser respetados.

Especismo, entonces, es una forma de discriminación injustificada porque, en lugar de tomar como criterio moralmente relevante la sintiencia, se utiliza la especie como criterio para decidir ocasionar un daño o privar de un beneficio a un individuo. Por ejemplo, frente a nuestro deseo de pasar una tarde recreativa observando animales silvestres, un interés completamente banal, estamos dispuestos a sacrificar el interés en tener una vida libre de los animales en cautiverio en un zoológico. Se aprecia claramente la irrelevancia moral de la especie cuando se hace evidente que lo que debe analizarse es si ese individuo sufre en cautiverio. En este sentido, la especie a la que pertenece no tiene importancia moral. La misma situación se da frente a otras formas de explotación de animales no humanos en que priman los intereses de los humanos, por más superficiales que sean, frente a los más fundamentales de los animales –por ejemplo, un placer gastronómico frente al interés de seguir viviendo–.

Se ha pretendido defender el especismo con distintos argumentos¹. Algunos se basan en afirmaciones improbables y otros en afirmaciones que sí pueden someterse a pruebas intersubjetivas. Respecto de los primeros, requieren una adhesión que no es exigible cuando se entabla una deliberación pública -por ejemplo, apelar a que sólo los humanos tienen alma o que fueron creados por dios a su imagen y semejanza y, por ello, somos superiores- y corresponde descartarlos. Respecto de la segunda clase de argumentos, se ha intentado basarlos en la elección de una o varias características que servirían para trazar una línea demarcatoria entre animales humanos y no humanos. Ésta justificaría el especismo y, por ende, legitimaría los privilegios humanos y la negación de derechos a los demás animales.

El problema es que cualquiera sean el o los rasgos o características elegido/s tiene/n que estar presentes en todos los humanos y sólo en los humanos para funcionar como criterio de exclusión. De no ser así, deberíamos privar de ciertos derechos a los humanos que no lo/s posee/n o asignarles consideración o derechos a los animales que sí. Por ejemplo, si pensamos que el lenguaje o la capacidad de razonar son características esenciales para respetar intereses y reconocer derechos, nos encontraremos con que no todos los humanos, ni durante toda su vida, son capaces de utilizar el lenguaje o razonar.

En este punto estaremos frente al dilema de tener que elegir entre no considerarlos moral y legalmente o de incorporar a los animales capaces de razonamiento -o de tener un lenguaje- en nuestro círculo de consideración moral. O bien podremos abandonar ese criterio y elegir otra característica que no tenga estos defectos. Esto último se ha demostrado imposible. Por ello, si somos consistentes, se deberá valorar la irrelevancia moral de las características que nada tienen que ver con las acciones dañosas o beneficiosas y pensar en términos de sintiencia o, como veremos, de algún otro estándar moralmente relevante.

A SINGER, y su énfasis en la sintiencia, lo siguió REGAN, un autor que presentó una defensa de los derechos de los animales con perspectiva Kantiana en su libro "The case for animal rights"² (1983). Lo hizo a partir del concepto de sujeto-de-una-vida. Para REGAN, considerado junto con SINGER uno de los padres del movimiento de liberación animal, todo individuo capaz de tener deseos, creencias, memoria, percepción, intención, autoconsciencia y sentido de futuro, es un sujeto-de-una-vida y debe ser tratado con igual respeto puesto que tiene valor inherente. Postular que todo sujeto-de-una-vida tiene valor inherente es la mejor explicación posible que encontramos

1 HORTA, Oscar. Traducción ¿Qué es el especismo? *Devenires*. Morelia, México. 2020. 21(41): 163-198.

2 REGAN, Tom. *En defensa de los derechos de los animales*. (1ª edición). México. Fondo de Cultura Económica, 2016.

para nuestra intuición de que cualquier sujeto-de-una-vida, independientemente de la especie a la que pertenezca, merece ser tratado con igual respeto³. Ser sujeto-de-una-vida es una condición suficiente –aunque no necesaria– para tener algunos derechos morales que se derivan de su valor inherente.

Aunque la teoría de REGAN fue primero desarrollada para explicar el estatus moral de los mamíferos, sobre quiénes no había duda científica de que poseen algunos o todos de los rasgos señalados, luego fue extendida a todos los animales con dichas capacidades comprobables. A diferencia de SINGER, y por su propia base filosófica, REGAN da lugar a una teoría que gira en torno a los derechos, de carácter moral, para los demás animales. En cambio, SINGER, por su filiación al utilitarismo, utiliza como fundamento la igual consideración de los intereses de todos los seres sintientes.

Las obras de SINGER y REGAN dieron inicio a un conjunto diverso de respuestas desde distintas corrientes filosóficas. Hoy es posible encontrar trabajos pertenecientes a las escuelas principales de ética que asumen este cuestionamiento del especismo antropocéntrico para ofrecer teorías alternativas. Además, ha sido fundamental el desarrollo de trabajos que asuman la interseccionalidad entre distintas formas de opresión⁴. En suma, la bibliografía es basta y abarca distintas disciplinas. En el siguiente apartado revisaré qué impacto tiene en el área del derecho.



EL GIRO ANIMAL EN EL DERECHO: DISTINCIONES Y NECESIDAD DE DESARROLLO DE TEORÍA JURÍDICA PARA LOS ANIMALES NO HUMANOS

SINGER y REGAN dieron inicio a lo que se conoce como giro animal que, habiendo comenzado en el área de la ética, tuvo impacto en distintas disciplinas del conocimiento que tomaron la cuestión del especismo para revisar sus presupuestos. Distintas ciencias revisaron sus objetivos y métodos bajo el común denominador de la crítica a las posturas clásicas de su área. Éstas consisten, haciendo una generalización sin detalles pero que aún así es explicativa, en considerar a los demás animales simplemente al servicio de nuestros intereses.

³ Uno de los significados de ser tratados con igual respeto que ofrece el autor es el de no ser utilizados como simples medios o instrumentos.

⁴ Ver: ADAMS, Carol. *The sexual politics of meat. A feminist-vegetarian critical theory*. (Twentieth anniversary edition) London, England. Continuum, 2010; ANZOÁTEGUI, Micaela. Desplazamientos de los discursos hegemónicos en la teoría feminista: El feminismo ecológico y animalista como nuevas perspectivas. *Nomadías*. Santiago, Chile. 2019.(27): 33-50 y GONZÁLEZ, Anahí. Animales inapropiados/bles. Notas sobre las relaciones entre transfeminismos y antiespecismos. *Revista Question/Cuestión*. Buenos Aires, Argentina, 2019. 1(64): 1-12.

Ahora bien, queda por presentar qué impacto tuvo este giro animal – y su actual devenir en giro político gracias al desarrollo de teorías políticas para territorializar los derechos de los animales⁵–en el ámbito jurídico. En primer lugar, habría que hacer tres distinciones. El giro animal puede interpretarse como el desarrollo de un derecho animal. Pero el derecho animal puede simplemente significar una recopilación, comentario y enseñanza de toda norma que regule nuestras relaciones con los demás animales. Para poder incluir el derecho animal en el giro animal aquel deberá contener una perspectiva anti-especista.

Una segunda distinción cabe respecto del Derecho Ambiental. Para muchas personas la cuestión animal está directamente ligada a la cuestión de los derechos de los demás animales. Esto probablemente sea el resultado de una intuición básica, producto de nuestra herencia cultural, que distingue entre naturaleza y cultura. Los animales serían parte de la naturaleza y, por ende, parte de lo que debe estudiarse en derecho ambiental. Sin embargo, las tensiones son más que las coincidencias. Así, en Derecho Ambiental se tutela, en primer lugar, el interés humano a gozar de un ambiente sano y, para ello, se protegerán entidades colectivas como un ecosistema, su equilibrio o una especie –aun cuando ello implique el sacrificio de individuos de otra considerada plaga o exótica porque pone en peligro a una nativa⁶.

Finalmente, otra tercera distinción que cabe hacer es en relación con el bienestar animal. Bienestar animal es una disciplina construida principalmente por veterinarios y biólogos que tiene por objetivo evaluar y morigerar los efectos negativos de la explotación de los animales domesticados. Surgió luego del informe Brambell, que se realizó en el año 1965 en Inglaterra, que hizo público los padecimientos de los animales denominados de granja.

En bienestar animal se elaboran parámetros para evaluar la forma en que los animales en cautiverio lidian con las situaciones de estrés para que no desarrollen enfermedades o patologías psíquicas. Trabaja con las denominadas cinco libertades⁷ y, de respetarse éstas, se considera que el animal goza de un bienestar animal bueno. El bienestar

5 DONALDSON, Sue y KYMLICKA, Will, *Zoopolis. Una teoría política para los derechos de los animales*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad-Hoc, 2018 Título original: *Zoopolis. A political theory for animal rights*. Oxford University Press, 2011. COCHRANE, A. *An introduction to animals and political theory*. New York, EEUU. Palgrave Macmillan. 2010.

6 SAGOFF, Mark. Animal liberation and environmental ethics: bad marriage, quick divorce. *Osgoode Hall Law Journal*. Toronto, Canada. 1984. 2(22): 297-307.

7 Los animales deben estar libres: de hambre y de sed; de incomodidad; de dolor y enfermedad; de constreñimientos que le impidan desarrollar sus conductas típicas de especie; de miedo y estrés. Para ver una aproximación rápida al tema: ELISHER, Melisa. The five freedoms: A history lesson in animal care and welfare. Michigan State University Extension. 06 de septiembre de 2019. Disponible en: https://www.canr.msu.edu/news/an_animal_welfare_history_lesson_on_the_five_freedoms

animal se extendió luego a los animales silvestres en cautiverio, como los que viven en zoológicos o laboratorios. Bienestar animal no es lo mismo, aunque está estrechamente ligado, que bienestarismo, que es una postura ética. Bienestarismo es una posición ética, quizás la más extendida y coincidente con el sentido común, que postula no es correcto causar sufrimiento innecesario a los animales no humanos. Sin embargo, es una postura especista por cuanto lo necesario o innecesario se define en función de intereses humanos que siempre terminan desplazando los intereses de los animales por más intensos que sean estos últimos frente a los más banales de los primeros.

El campo jurídico, tanto en su faz práctica como en la de disciplina académica, apenas se ha asomado a la cuestión animal. Si bien existen una gran cantidad de cursos de derecho animal en otros países hace varias décadas, en especial en Estados Unidos⁸, y recientemente en Argentina y otros países de Latinoamérica se empieza a enseñar la materia desde perspectivas anti-especistas, queda mucho por hacer. En especial, hasta el momento se observa la mera reacción del campo jurídico a las estrategias legales del movimiento animalista. Este ha impulsado en Argentina acciones exitosas como el cierre del zoológico de la ciudad de Buenos Aires, el fin de las carreras de perros (Ley penal nacional 27.330), *habeas corpus* exitosos (casos Sandra y Cecilia) y múltiples actividades para incorporar en la agenda de las políticas públicas campañas de control ético de poblaciones caninas y felinas, por ejemplo.

Pero la pregunta por el estatus legal que merecen los animales no humanos, que apunte a obtener una respuesta que esté acuerdo con los avances en términos éticos y biológicos, apenas se ha abordado dentro de nuestro campo. Más allá de las reacciones judiciales, legislativas o doctrinarias –estas últimas generalmente contrarias a reconocer derechos– se echa en falta un *corpus* fuerte de trabajos teórico-jurídicos. Estos deberían abordar temas tales como qué es un derecho, quién necesita la protección en términos de derechos fundamentales que no se restrinjan a los humanos, qué teoría constitucional necesitamos para dar cuenta cabalmente de que nuestras sociedades son multi-especies, las relaciones entre el derecho y la moral y su impacto en la interpretación jurídica en los casos de violaciones de derechos morales de los demás animales.

Así, si desarrolláramos explícitamente nuestras posiciones sobre estos temas sería posible hacernos preguntas que vayan más allá de la cuestión de la personalidad legal de los demás animales, de pedir mayores penas para casos de crueldad animal o de abogar por la regulación de la actividad industrial de explotación animal con el objetivo de mejorar las vidas y, en última instancia, desalentar el consumo por

8 WELTY, Jeff. Animal law: thinking about the future. *Law and Contemporary Problems. Animal Law and Policy* North Caroline, EE.UU. 2007. 1(70):1-8 y FAVRE, David. The gathering momentum. *Journal of Animal Law*. Michigan, EE.UU. 2005. (1): 1-6.

medio de la elevación de costos. Como también sostiene Gil Domínguez⁹, el caso Sandra permite establecer las bases para poder desarrollar una teoría del Derecho que desplace el tradicional criterio de la autonomía para decidir quién es sujeto de derecho para reconocer la sintiencia como nuevo criterio legal. En este sentido, el autor nos invita a interpretar de forma sistemática y dinámica el derecho vigente, incluyendo los tratados de derechos humanos y la opinión consultiva número 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que reconoce los intereses de los componentes del ambiente más allá del interés humano. De esta forma, se podrá revisar el antropocentrismo dominante en nuestro derecho positivo. Y esa invitación es extensible al resto de los países latinoamericanos.

Tanto el fallo Sandra como el fallo Cecilia, más la enorme cantidad de legislación de distintos niveles que provee protección a determinadas especies, permite vislumbrar un cambio lento en la forma en que el derecho categoriza a los demás animales. En este sentido, por ejemplo, podríamos cuestionar el alcance interpretativo del término habitante de la constitución nacional argentina. ¿Acaso los demás animales no habitan nuestro suelo? ¿qué alcance tendría esta interpretación? La apuesta es no sólo a desarrollar teoría jurídica para los demás animales sino hacerlo de forma contextualizada. Esto significará que las y los latinoamericanos debemos, y podemos, aportar mucho al debate internacional y local.

La región tiene deudas pendientes en materia de igualdad real, violencia social, pobreza, salud y ambiente. Todas ellas se relacionan con el especismo aunque esto es negado o desconocido por colegas, funcionarios e incluso académicos. Ello a pesar de que incluso contamos con trabajos locales al respecto¹⁰. Por eso será fundamental revisar las interconexiones entre distintas formas de opresión y que tanto los académicos y académicas, como los profesionales del derecho, lleven adelante sus acciones con miras a estos desafíos. En este sentido, y a manera de ejemplo, en la bibliografía internacional de Ética Animal es un tópico clásico el análisis de la tensión entre libertad religiosa y derechos de los animales puesto que este es un problema propio de sus sociedades¹¹. En nuestra región, en cambio, tenemos otros desafíos. Para señalar uno de los más fuertes, cabe destacar el arraigado prejuicio de que los derechos de los demás animales deben esperar a que los derechos humanos se cumplan. Por eso, habrá que trabajar la interseccionalidad entre opresión humana y no humana para mostrar que no se trata de elegir entre derechos humanos o animales.

⁹ GIL DOMINGUEZ, Andrés. Hacia una teoría normativa de los animales no humanos como titulares de derechos. La opinión consultiva 23/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *La ley*, año LXXXII N°88. 2018.

¹⁰ NAVARRO, A. y ANDREATTA, M. Sistema alimentario carnista y crisis climática. *Revista Question/Cuestión*. Buenos Aires, Argentina. 2019. 1(67):1-21.

¹¹ KYMLYCKA, Will. and DONALDSON, Sue. Animal rights, multiculturalism, and the left. *Journal of Social Philosophy*. 2014. 1(45):116-135.

IV CONCLUSIONES

En definitiva, además de recopilar legislación y trabajar con las pocas herramientas legales que tenemos, urge desarrollar bibliografía y ofrecer herramientas teóricas que ayuden a juezas y jueces, así como a legisladores y legisladoras, a interpretar el derecho y crear otro nuevo en favor de los demás animales sintientes. Tenemos una larga tradición de lucha por la igualdad en nuestro país y región. El especismo es la última barrera legal a derribar para empezar a construir sociedades más justas y podemos confiar en aprender de nuestras experiencias pasadas de búsqueda de mayor igualdad. El campo legal debe tomar en serio el especismo como forma injustificada de discriminación, revisar las formas en que interpreta el Derecho y el rechazo judicial casi automático de las demandas de activistas -con las exitosas excepciones mencionadas-. Al hacerlo deberá tener en cuenta, además, la necesidad de vincularse con reclamos ambientales y, en ese campo, deberá también mostrar que las agendas deben complementarse. En una región en que la frontera agrícola no para de crecer y los recursos humanos se extraen para satisfacer intereses minoritarios, la explotación animal debe abordarse de forma situada para no quedar aislada de otros reclamos y lograr el fin de esta injusta forma de discriminación.

ANIMALES LIMINALES: DESAFÍOS DEL DERECHO ANTE LA ESTIGMATIZACIÓN

GONZALO PÉREZ PEJCIC

MAGÍSTER EN FILOSOFÍA DEL DERECHO, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
PROFESOR, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.
DIRECTOR DEL INSTITUTO DE DERECHO ANIMAL, CASM, BUENOS AIRES,
ARGENTINA.GONZALOPEREPZPEJCIC@GMAIL.COM

Con frecuencia los demás animales son motivo de diversas noticias. Algunas cuentan historias que ilustran relaciones interespecíficas basadas en la empatía y el respeto. Otras ofrecen un cariz opuesto. Notas de El Mercurio se titulan "Alumnos se toman liceo ante plaga de palomas y acusan insalubridad en exterminio"¹, "Halcones contra palomas, una vieja técnica para frenar plaga en Buenos Aires"²; por su parte La Tercera ha publicado "La respuesta de la Municipalidad de Santiago ante presencia de ratones en el I. Nacional: 'Se desratizó la semana pasada'"³, "La problemática plaga de cotorras argentinas que invade el sector oriente de Santiago"⁴; en La Cuarta puede verse "Terror en Santiago por plaga de murciélagos"⁵; en el medio digital SoyChile

-
- 1 EMOL (02.05.2014). Alumnos se toman liceo ante plaga de palomas y acusan insalubridad en exterminio [fecha consulta: 28.07.20] Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/nacional/2014/05/02/658225/alumnos-protestarian-por-plaga-de-palomas-en-liceo-y-se-encontraron-con-que-habian-sido-matadas-a-postones.html>
 - 2 EMOL (24.12.2011). Halcones contra palomas, una vieja técnica para frenar plaga en Buenos Aires. [fecha consulta: 28.07.20] Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/tecnologia/2011/12/23/518536/halcones-contra-palomas-una-vieja-tecnica-para-frenar-plaga-en-b-aires.html>
 - 3 LA TERCERA (18.04.2019) La respuesta de la Municipalidad de Santiago ante presencia de ratones en el I. Nacional: "Se desratizó la semana pasada" [fecha consulta: 28.07.20] Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/la-respuesta-la-municipalidad-santiago-ante-denuncias-ratones-i-nacional-se-desratizo-la-semana-pasada/620741/>
 - 4 LA TERCERA (01.02.2014) La problemática plaga de cotorras argentinas que invade el sector oriente de Santiago. Chile [fecha consulta: 28.07.20] Disponible en: <https://www.latercera.com/noticia/la-problematica-plaga-de-cotorras-argentinas-que-invade-el-sector-oriente-de-santiago/#:~:text=La%20problem%C3%A1tica%20plaga%20de%20cotorras%20argentinas%20que%20invade%20el%20sector%20oriente%20de%20Santiago,-Romina%20Bevilacqua&text=No%20existen%20programas%20de%20control,no%20est%C3%A1%20permitida%20su%20caza.>
 - 5 LA CUARTA (13.02.2020) Terror en Santiago por plaga de murciélagos [fecha consulta: 28.07.20] Disponible en: <https://www.lacuarta.com/la-cuarta-tv/noticia/terror-santiago-plaga-murcielagos/457813/>

figuran titulares como “Vecinos denuncian plaga de jotes que causa problemas sanitarios en el sector norte de Antofagasta”⁶ o “Preocupación por plaga de palomas en la comuna de Copiapó”⁷. La lista sigue y el patrón se repite en otros países.

Los animales no humanos involucrados en esas notas (y muchos otros en situaciones iguales o similares) viven en el mismo espacio que nosotros, pero los vemos y tratamos como seres ajenos a nuestras comunidades. En gran medida la exclusión que sufren se debe a que son presas de discursos estigmatizantes. De ahí que la consideración de sus intereses sea un desafío. Para comenzar a trabajar el tema debemos advertir que durante largos años estuvieron ocultos detrás del par domesticado/silvestre, por carecer de las características exigidas para estar de un lado o del otro. Hoy ocupan un lugar en la agenda ética, política y jurídica gracias a los filósofos DONALDSON Y KYMLICKA, quienes en su obra *Zoopolis: A Political Theory of Animal Rights*⁸ (2011) los llamaron: liminales. El término proviene de la palabra latina *limes* que significa “límite” o “frontera”. Su sentido es útil para identificar a los demás animales que habitan en zonas urbanas (ej. palomas, gorriones, cotorras, estorninos, gaviotas, ratones, ratas, murciélagos, ardillas) o suburbanas (ej. comadrejas, carpinchos, zorros, ciervos, coyotes, jabalíes), y que, por sus características generales, pueden ser agrupados en una categoría intermedia entre domesticados y silvestres⁹. Se diferencian de los primeros en que tienen aptitudes para sociabilizar con los humanos, pero en general –puntualiza PEZZETTA– no muestran interés en establecer fuertes lazos comunicativos y afectivos, a la vez que su dependencia es flexible. Por otro lado, se distancian de los segundos en que prefieren vivir cerca de nosotros y no escapan ante nuestra presencia¹⁰.

6 SOY CHILE (29.04.2019) Vecinos denuncian plaga de jotes que causa problemas sanitarios en el sector norte de Antofagasta [fecha consulta: 28.07.20] Disponible en: <https://www.soychile.cl/Antofagasta/Sociedad/2019/04/29/593150/Vecinos-denuncian-plaga-de-jotes-que-causa-problemas-sanitarios-en-el-sector-norte-de-Antofagasta.aspx>

7 SOY CHILE (02.09.2018). Preocupación por plaga de palomas en la comuna de Copiapó [fecha consulta: 28.07.20] Disponible en: <https://www.soychile.cl/Copiapo/Sociedad/2018/09/02/553947/Preocupacion-por-plaga-de-palomas-en-la-comuna-de-Copiapo.aspx>

8 Existen dos traducciones al español. Para esta columna he empleado la traducción realizada por Silvina Pezzetta: DONALDSON, Sue y KYMLICKA, Will, *Zoopolis. Una teoría política para los derechos de los animales*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad-Hoc, 2018.

9 Donaldson y Kymlicka indican que esas clases no son “clasificaciones biológicas rígidas”, porque los integrantes de una especie, miembros dentro de una especie o de especies relacionadas, pueden estar presentes en los tres grupos, por ejemplo: los conejos. Ibid. p. 350.

10 Las referencias que a lo largo de este breve artículo hago a la opinión de Silvina Pezzetta pueden consultarse en: PEZZETTA, Silvina, Derechos fundamentales para los demás animales. Especismo, igualdad y justicia interespecies. *Lecciones y ensayos*. 2018, 100: 69-104.

Que su dependencia sea variable quiere decir que a contrario de lo que acontece con los animales domesticados, los liminales son dependientes de las comunidades humanas, porque les proveen una serie de beneficios que les permite florecer como especie¹¹. Ergo, no dependen de tal o cual humano, es una dependencia general al asentamiento humano.

Para entender mejor el punto, los mencionados autores formulan distintas clases de animales liminales que difieren justamente en vulnerabilidades y adaptabilidades: (1) oportunistas, los altamente adaptativos a una gran cantidad de contextos. Por consiguiente, existen como poblaciones silvestres y suburbanas (ej. zorros); (2) especialistas de nicho, los que se ajustaron a nichos ecológicos específicos creados por determinadas prácticas humanas, y que carecen de la flexibilidad necesaria para acomodarse en otros ámbitos si el nicho es afectado (ej. el hámster europeo que vive en los cementerios de Viena); (3) exóticos introducidos o escapados, los deliberadamente introducidos (ej. la cotorra argentina) y los que huyeron de zoológicos o de su condición de mascotas exóticas (por sus medios o por haber sido liberados); y (4) animales ferales, los domesticados cuyos descendientes esquivaron el control humano directo. La primera generación son víctimas de la injusticia humana (ej. abandono, maltrato, actos de crueldad) que se amoldaron a sus nuevas circunstancias, al punto en que algunos llegan a convertirse en silvestres (ej. perros, gatos, cerdos, caballos).

En cuanto a su origen, son las acciones humanas las que constituyen el carácter liminal de una especie o, como precisa PEZZETTA, de un grupo dentro de la misma especie. DONALDSON Y KYMLICKA destacan como principales fuentes: (1) invasión o rodeo humano de los hábitats tradicionales; (2) domesticación para la satisfacción de un determinado interés, que luego al saciarse por otros medios generó que no merezcan más cuidado, tal es el caso de las palomas mensajeras *Columba livia* o (3) aproximación a los asentamientos humanos por concederles beneficios de distinta índole: refugio, alimento, protección de los depredadores, etc. Se resalta que antes de su acercamiento por las causas enunciadas, eran animales silvestres.

Sin embargo, aun sabiendo que es a través de nuestras actividades que los animales liminales llegan a vivir con nosotros, no asumimos nuestra responsabilidad (lo cual exigiría considerar sus intereses básicos) y optamos por exterminarlos. Elegimos ese camino como resultado de adherir a un discurso (una forma de hablar/escribir que representa el mundo y lo crea al llenarlo de significado) construido sobre la base de

¹¹ Sin embargo, los asentamientos humanos son hostiles en el sentido de impedir que los animales liminales puedan florecer como individuos. Y es que, sus vidas singularmente consideradas están colmadas de obstáculos que les provocan gran dolor y muertes prematuras. Pensemos por ejemplo en el caso de las palomas.

estigmas, estereotipos y prejuicios. Cuando nos referimos a ellos, partimos de creer que las sociedades en las que vivimos son sólo de seres humanos. Haciendo esto les negamos la pertenencia misma a la comunidad. Pensemos en la organización del espacio urbano. Construimos ciudades para humanos, pudiendo existir luego ciertos lugares olvidados y evitados donde resisten algunos liminales (Ej. gatos, perros, ratones, ratas, palomas, entre otros).

Estos son ámbitos que interrumpen el ordenamiento normal de la ciudad, se los tilda de particularmente peligrosos e ideales para la "cría y multiplicación de alimañas, que invaden y perjudican al resto de la ciudad"¹², en palabras de BORSELLINO. Lo anterior acontece, según FRASSON, porque la manera en que establecemos asentamientos se encuentra atravesada siempre por un sistema de creencias, ideas y valores que definen quienes son los pares y lo que es considerado una cosa¹³. Así, los animales liminales están fuera de lugar, son estigmatizados como extranjeros o invasores que traspasaron sin derecho las fronteras humanas y que están aquí ilegítimamente, exponen DONALDSON Y KYMLICKA. En consecuencia, su existencia cuando se cristaliza ante los ojos humanos, lo es bajo la forma de plagas, y dado que no pertenecen a nuestro entorno, nos sentimos con el derecho de eliminar esas plagas, lo que es equivalente a las limpiezas étnicas, concluyen estos últimos autores.

El principal desafío que tenemos delante es incluir los intereses básicos de los demás animales en el Derecho. Claro que esto supone convencer a una amplia mayoría sobre que el *homo sapiens* no es el único que tiene intereses o que tiene intereses que merecen ser tutelados por las leyes. Para alcanzar la meta se ha estudiado la relevancia moral de la sintiencia, la capacidad de tener experiencias positivas o negativas, de manera consciente. La razón descansa en que esta capacidad –que involucra la conciencia, es decir, la existencia de un yo, pero no necesariamente la autoconciencia, la concepción de sí mismo en el futuro– hace que su poseedor tenga intereses, como mínimo de evitar dolor y sentir placer. De ahí que sea susceptible de ser beneficiado o perjudicado. Por eso, se subraya que la sintiencia es en definitiva un pre-requisito para hablar de intereses. El lector podrá apreciar entonces que no sólo (y no todos) los humanos son sintientes, los demás animales también lo son.

Dejando de lado distintas controversias, existe consenso en que la función de los derechos es resguardar intereses. A su vez, el amparo que otorgan implica admitir que su portador es alguien vulnerable. En este sentido, enseña PEZZETTA que el valor de los derechos yace en su utilidad como barrera protectora de la vulnerabilidad

¹² BORSELLINO, Laura. Animales liminales en la urbe. Espacios, resistencia y convivencia. *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*. 2015 2(1):74-95.

¹³ FRASSON, Pablo. Clausuras urbanas y hábitat digno para animales no humanos silvestres y liminales. *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*. 2018. 5(2):122-133.

que caracteriza a los seres sintientes. Por ende, no es excéntrico ni descabellado bregar por los derechos de los demás animales. Pero, el nuevo interrogante que se plantea es qué clase de derechos les debemos. DONALDSON Y KYMLICKA observan que tradicionalmente la atención fue puesta en los derechos negativos, los aplicables de forma genérica a todos los seres sintientes, por ejemplo, no ser propiedad, asesinado, confinado, separado de la familia, etc., descuidando nuestros deberes relacionales. Por tal motivo, una de las contribuciones más notables del giro político que ha experimentado la ética animal en la última década es desarrollar los derechos positivos. Esto significa que las diferentes relaciones históricas que mantenemos con los animales domesticados, liminales y silvestres, tienen relevancia moral y generan diversas clases de obligaciones: salud, alimentación, cuidado, hospitalidad, socialización, vivienda, movilidad, uso del espacio público, etc.

Ahora bien, si los derechos relacionales surgen de los vínculos que ya tenemos con ellos, y es claro que no mantenemos con todos las mismas interacciones, entonces no les debemos por igual las obligaciones positivas. Comprendido esto, resta dilucidar los tipos de derechos relacionales que les adeudamos. Pero primero es necesario ordenar la compleja trama de relaciones existentes e identificar las diversas injusticias que les infligimos y los reclamos legítimos que tendrían hacia nosotros. Y las categorías de la teoría de la ciudadanía (ciudadanía, residencia y soberanía), cumplen esa función. Es así como los citados autores presentan los derechos relacionales diferenciados por grupos. La propuesta es considerar a los animales: (1) domesticados, como ciudadanos, esto es, miembros plenos de nuestra comunidad, pues fueron traídos a ella privados de otras formas de existencia; (2) silvestres, como ciudadanos de sus propias comunidades soberanas, cuyas relaciones con las comunidades humanas soberanas deberían ser reguladas por las normas de la justicia internacional; y (3) liminales, como residentes, o sea, corresidentes de las comunidades humanas.

Por sus características ya aludidas, no es adecuado ni conveniente reconocer a los animales liminales como conciudadanos. De esta forma, la residencia envuelve una relación gobernada por normas de justicia menos rígidas que la ciudadanía, a los efectos de garantizar un set reducido de derechos y responsabilidades que concreta el deseo de humanos y liminales de tener un nexo más débil. Para la residencia justa, existen tres principios cuyas proyecciones prácticas varían de acuerdo a la clase de animal liminal: (1) seguridad de residencia, el derecho a habitar y no ser tratados como extranjeros que pertenecen a otro lugar; (2) términos justos de reciprocidad, derechos enlazados con el deber del Estado de proteger a todos sus habitantes de las amenazas básicas a la existencia; y (3) medidas antiestigma para evitar que la residencia se convierta en una cuestión de jerarquía/prejuicio que aisle a los animales liminales y los haga vulnerables.

El modelo ofrece un terreno novedoso para repensar los conflictos de intereses entre humanos y liminales, sin partir de estigmas, estereotipos y prejuicios que decanten en hechos de discriminación. Nos conduce por un camino de reflexión que pone en juego nuestra creatividad en la búsqueda de soluciones que valoren sintiencia y pertenencia. Descarta las respuestas violentas, como los actuales programas de control y erradicación que aparte de ser especistas, son costosos, en muchos casos poco efectivos y ponen en riesgo a muchos otros seres. Quizá no sea fácil buscar una solución diferente a las típicamente desplegadas a lo largo de tantos años, pero el dolor y la muerte de los animales liminales, no es una opción.

Tenemos el deber de aceptar que compartimos el espacio, y la responsabilidad de entablar con ellos relaciones de justicia. Hay casos de convivencia justa que permiten dar cuenta que es viable alcanzar esas relaciones. Por ejemplo, a fines del 2019, la ciudad de Santa Fe (Argentina), aprobó una ordenanza de cuidado y gestión ética de palomas con el objetivo de proteger sus vidas y salud mediante el control de su natalidad, usando métodos éticos y científicamente comprobados. El plan consiste en cinco programas: (1) anticoncepción, a través de alimentos –suministrados en ciertos períodos– compuestos de sustancias hormonales que inhiben la fecundación; (2) creación de palomares en el tejido urbano, instalados y acondicionados conforme a las pautas de bienestar según su especie y grupo; (3) la formalización de un registro de voluntarios para la protección de las palomas urbanas, colaboración en la manutención de los palomares y en la aplicación del método de control de reproducción, entre otras labores; (4) llevar adelante campañas de información pública sobre Derecho Animal, asesorar a la comunidad acerca del contenido e implementación del plan de gestión poblacional, y generar conciencia sobre la importancia del rescate de las palomas urbanas que necesiten ser asistidas; y (5) remodelación del Palomar de la Plaza Cristóbal Colón, para ejercer un control poblacional activo.

Para finalizar, un cambio real respecto de nuestros vínculos con los animales liminales exige recordar siempre que nuestras decisiones a lo largo de la historia promovieron su presencia y que integramos comunidades multiespecies. El modelo de residencia propuesto por DONALDSON Y KYMLICKA nos brinda un marco fructífero para continuar por el sendero de las relaciones justas como son las alternativas éticas que sustituyen los programas de control violento y erradicación. Sin olvidar que no proporciona una fórmula mágica para resolver todos los dilemas que tenemos y tendremos, pero clarifica los objetivos y recaudos a la hora de actuar. Advertencia que ambos teóricos se encargan de dejar en claro.

INTEGRACIÓN DE LOS ANIMALES NO-HUMANOS EN LA COMUNIDAD POLÍTICA: ZOOPOLIS

DANIEL LOEWE HENNY

DOCTOR EN FILOSOFÍA, UNIVERSIDAD DE TÜBINGEN
PROFESOR TITULAR, ESCUELA DE GOBIERNO, UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ
DANIEL.LOEWE@UAI.CL

Los debates en torno al estatus moral y jurídico de los animales,¹ así como acerca del tipo de deberes que los seres humanos tienen con respecto o hacia ellos y sus fundamentos normativos, se han multiplicado en los últimos diez años, llegando a constituir uno de los focos centrales de la discusión filosófica. Así lo atestigua la enorme cantidad de publicaciones al respecto. Tradicionalmente, las posiciones a favor de la consideración de los animales y sus intereses en el espacio de la moral y los deberes se han articulado en torno a dos polos teóricos. Por una parte, se encuentran las posiciones denominadas bienestaristas. Si bien hay muchas articulaciones, y éstas difieren entre sí en modos relevantes, la idea central es que en el centro de la atención normativa debe estar el bienestar animal. De este modo, lo que se debe procurar es establecer modos de interacción, trato, uso, etcétera de los animales que no afecte de modo (tan) negativo su bienestar. Esta es la posición que se suele asociar con SINGER y su utilitarismo de intereses cuyas ideas, como es conocido, fueron centrales en los comienzos del movimiento animalista en el mundo. Por otra parte, están las posiciones usualmente denominadas abolicionistas. Si bien entre ellas hay múltiples diferencias importantes, la idea central es que los animales tendrían derechos que restringirían cualquier tipo de instrumentalización por parte de los seres humanos en la consecución de sus fines. Este tipo de posiciones se suelen asociar con los desarrollos teóricos de FRANCIONE² y originalmente de REGAN³ y son muy influyentes en el movimiento animalista actual.

1 En pos de la extensión, al hablar de “animales” sin más, me estaré refiriendo a “animales no-humanos” y al hablar de “humanos” me estaré refiriendo a “animales humanos”.

2 FRANCIONE, Gary. *Rights without Thunder: The Ideology of the Animals Rights Movement*. Philadelphia, U.S. Temple University Press, 1996; FRANCIONE, Gary. *Animals: Property or Persons?* En: NUSSBAUM, Martha & SUNSTEIN, Cass. *Animals Rights: Current Debates and New Directions*. Oxford, Inglaterra. Oxford University Press, 2004.

3 REGAN, Tom. *The Case for Animal Rights*. Berkeley, EE.UU. University of California Press, 1983.

Evidentemente, esta presentación es parcialmente caricaturesca. Por ejemplo, bien entendida, una posición que propone y defiende derechos de los animales no tiene que ser necesariamente abolicionista, como suelen sostener los críticos del bienestarismo. Por ejemplo, KORSGAARD ha articulado recientemente una teoría que se basa en su interpretación de la teoría Kantiana para defender el estatus moral independiente de los animales y así deberes directos hacia ellos, rechazando simultáneamente el abolicionismo⁴. Además, colocar el bienestar en el foco de atención es compatible con la articulación de una teoría que estipule derechos de los animales (y no sólo modos de consideración de su bienestar), sin necesariamente ser abolicionista⁵. Pero sea como fuera, tradicionalmente la discusión en torno al estatus moral de los animales y el modo cómo debemos tratarlos se ha articulado en torno a estos dos polos (bienestarismo vs. abolicionismo), admitiendo, por cierto, posicionamientos más diferenciados. El mayor mérito de DONALDSON y KYMLICKA con su libro *Zoopolis* (2011) es haber roto este binomio conceptual en el desarrollo del debate mediante la introducción de un tercer polo teórico: la consideración de los animales como miembros de la comunidad política humana.⁶ Ya no se trata sólo de su bienestar y su consideración, o de su estatus y sus derechos morales, sino del estatus político de los animales, ya sea como miembros de la comunidad política humana, o como individuos hacia los cuales la comunidad política humana debe establecer modos de interacción como si constituyeran comunidades políticas. En este texto examinaré sucintamente esta teoría. Contra el entendimiento defendido por DONALDSON y KYMLICKA, sostendré que, aunque productivo en la determinación de los modos de interacción con los animales mediante derechos y deberes, la idea de su membresía en la comunidad política está en tensión y se opone a las estructuras conceptuales que le otorgan sentido.

4 KORSGAARD, Christine M. *Fellow creatures. Our obligations to the other animals*. Oxford, Inglaterra. Oxford University Press, 2018.

5 COCHRANE, Alasdair. *Animal Rights Without Liberation. Applied Ethics and Human Obligations*. New York, EE.UU. Columbia University Press. 2012.

6 También Martha Nussbaum, en su consideración de los animales en *Frontiers of Justice* (2006), había ido en esta dirección al pensar el tema del trato a los animales desde la perspectiva del contrato social. NUSSBAUM, Martha C. *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*. Cambridge, Mass. Harvard University Press. 2006.



ZOOPOLIS

Como punto de partida, DONALDSON y KYMLICKA aceptan la perspectiva de una teoría de derechos de los animales (y no de una bienestarista, en el sentido usual). Sin embargo, consideran que, dado que esta perspectiva se focaliza en derechos negativos que se debe a todos los seres con una experiencia subjetiva del mundo (esto es, aquellos derechos de los animales que implican omisiones por parte de los humanos: no hacer sufrir, no matar, etcétera), ella debe ser complementada con una perspectiva que tome en consideración los diferentes tipos de relaciones en que los seres humanos se encuentran con los animales y de este modo establezca prescripciones éticas diferentes en razón de estas relaciones. Esta perspectiva estaría dada por el aparataje conceptual de la membrecía política.

*"Animals have variable relationships to political institutions and practices of state sovereignty, territory, colonization, migration, and membership, and determining our positive and relational obligations to animals is in large part a matter of thinking through the nature of these relationships"*⁷.

Las sociedades humanas son sistemas de cooperación institucionalizados. Esto, ciertamente, está en línea con el entendimiento tradicional que también RAWLS sostiene de la sociedad como una empresa cooperativa de beneficio mutuo⁸. La membrecía política se expresa con el lenguaje de la ciudadanía. Y las sociedades humanas han establecido diferentes relaciones hacia diferentes individuos según el tipo de relación en que se está hacia ellos. Es así, como se reconoce la relación hacia cociudadanos, cuyos intereses no sólo se consideran en la promisión del bien común, sino que participan en la definición de aquel; pero también se reconoce un tipo de relación diferentes hacia todos aquellos extranjeros que no son miembros de la comunidad política, pero viven en ella (*denizens*), cuyos intereses sirven como límites a la consecución de fines comunes, pero que no participan activamente en la determinación de aquellos; así como de comunidades soberanas que a su vez constituyen comunidades políticas con las que tenemos que convivir.

De un modo similar y analógico, las relaciones en que se encuentran los seres humanos con los animales permite establecer una tipología similar: están aquellos animales que viven con nosotros, es decir, todos aquellos que a través de una historia cultural y evolutiva común hemos domesticado. Aquí se encuentran los animales de compañía, pero también la gran mayoría de los animales de granja, incluyendo, por cierto, a los

7 DONALDSON, Sue, & Will Kymlicka. *Zoopolis: A Political Theory of Animal Rights*. Oxford, Inglaterra. Oxford University Press. 2011. p.12.

8 RAWLS, John. *A Theory of justice*. Harvard University Press. Massachusetts, EE.UU. 1971.

de la industria ganadera; pero también se encuentran los animales liminales. Estos son aquellos que viven entre nosotros, pero no viven con nosotros como animales que hemos domesticado. Son animales que o han visto reducidos sus espacios vitales por la acción humana, o que han aprovechado nichos que ha abierto la actividad humana (mapaches, palomas, ardillas, etcétera). Y están también los animales que viven fuera del perímetro humano, como comunidades políticas independientes.

La idea de DONALDSON y KYMLICKA es que frente a todos ellos tenemos prescripciones éticas diferenciadas según el tipo de relación: los domesticados deben ser considerados como ciudadanos cuyo interés debe promoverse positivamente en cuanto miembros de la comunidad política y que –mediante defensores– participen en el establecimiento de esos fines. Los liminales deben ser entendidos como denizens, es decir, su interés debe ser considerado e imponer límites a la consecución de objetivos sociales comunes. Y los animales miembros de comunidades soberanas, que deben ser consideradas como comunidades soberanas, cuyos intereses no podemos perjudicar (como correctamente establecen los autores, los nichos ecológicos en que se desenvuelven estas comunidades suelen ser mucho más frágiles que aquellos en que se desenvuelven los animales liminales). De este modo, el debate en torno a los animales pasa de ser uno centrado en la ética aplicada, a uno que se sitúa de lleno en la teoría política.

IV COMUNIDAD POLÍTICA Y ANIMALES

Sin duda, la propuesta de DONALDSON y KYMLICKA tiene una serie de méritos. Entre otros, ella permite dar cuenta de cómo el aparato institucional de la sociedad influye, parafraseando a RAWLS, a veces de un modo casi determinante, en el modo como se considera y trata a los animales en ella. Dado que estas instituciones tradicionalmente suelen considerar a los animales como recursos, el trato al que los sometemos corresponde en la mayoría de los casos a una pesadilla moral. Además, permite determinar de mejor modo el tipo de prescripciones normativas diferenciadas con respecto a los diferentes tipos de animales según el tipo de relación en que nos encontramos hacia ellos. El argumento se basa en una analogía entre (a) las relaciones en que se encuentran diferentes humanos (ciudadanos, denizens, miembros de otras comunidades políticas soberanas) y la comunidad política, (b) y las relaciones en que se encuentran diferentes tipos de animales (domesticados, liminales, miembro de otras comunidades soberanas) y la comunidad política. El problema con el argumento es que la analogía no se sostiene: el tipo de relación en que se encuentran los humanos hacia la comunidad política es dramáticamente diferente al en que se encuentran los animales.

Esto lo podemos ver con la mayor claridad en el caso de los animales domesticados: "Citizenship is a cooperative social project, one in which all are recognized as equals, all benefit from the goods of social life, and all, according to their ability and inclination, contribute to the general good"⁹. Es ciertamente correcto, y en ello descansa la analogía según los autores, que algún tipo de cooperación se da entre animales domesticados y seres humanos, y que esta cooperación puede ser mutuamente beneficiosa. Los perros pueden hacer que nos sintamos seguros, las ovejas pueden controlar el crecimiento del pasto en una pradera, etcétera. Sin embargo, el modo como se benefician los animales de su supuesta pertenencia a la comunidad política difiere del modo como lo hacen los seres humanos. Ciertamente, ellos se pueden beneficiar de modo objetivo¹⁰. Esto quiere decir que su bienestar se puede ver beneficiado. Bienestar se puede entender de un modo amplio, no sólo por referencia a los estados mentales, sino también a formas de vida propias de la especie, e incluso por relación a daños de privación, en este caso, el daño causado por la muerte prematura al quitar a los animales un espacio de futuro. Pero en todos estos casos son beneficios objetivos.

Los intereses animales así protegidos y fomentados son interés en el bienestar, en poder desarrollar una forma de vida específica (florecer) o en proyectarse al futuro (no todos, pero sí muchos animales). Pero el interés que protege la membresía política no es sólo un interés en un objeto particular (bienestar, florecimiento, futuro), sino también en un modo de direccionarse hacia esos objetos. Considere, por ejemplo, la autonomía y el autorespeto. Las instituciones políticas fomentan el interés de los individuos al tratarlos como sujetos autónomos que se direccionan conscientemente hacia su propio bien y que se direccionan conscientemente hacia la determinación del bien común. Si no se los considera de ese modo (por ejemplo, mediante la implementación de políticas paternalistas evidentes y extremas), se les falta el respeto como miembros de la comunidad política. Este interés de segundo orden es parte constitutiva del entendimiento de la ciudadanía como institución política. Por una parte, un animal puede aportar al bien común de la sociedad (el perro que cuida nuestra casa hace más seguro el barrio, etcétera), pero no lo está haciendo por razón del bien común, sino que probablemente en razón de la relación que tiene hacia sus compañeros humanos cercanos, y no es convincente tratar una actividad cooperativa sin la disposición mental correspondiente como si fuera una direccionada hacia el bien común.

⁹ DONALDSON, Sue, & KYMLICKA, Will. *Zoopolis: A Political Theory of Animal Rights*. Oxford: Oxford University Press. Oxford, Inglaterra. 2011. p. 137

¹⁰ LADWID, Bernd. Animal Rights – Politicised, but not Humanised. An Interest-Based Critique of Citizenship for Domesticated Animals. *Historical Social Research*. 2015. 40(4): 32-46. p. 43

Los animales no reconocen el carácter simbólico de las sociedades imaginadas en que se han convertido las comunidades políticas. Por otra parte, la ciudadanía se caracteriza como un espacio en el cual no sólo se beneficia a sus miembros de modo objetivo (como sí se puede beneficiar a los animales), sino sobre todo como un espacio de consideración de su interés subjetivo (que se articula como un interés de segundo orden) en ser reconocido y respetado como un sujeto autónomo, lo que se suele expresar en la consideración de sus miembros como libres e iguales. El problema de la argumentación es que toma un aparataje conceptual que ha sido hecho a medida para dar cuenta del tipo de relación en que se encuentran los seres humanos entre sí, y lo aplica a un tipo de relación completamente diferente. Pero el argumento pierde así su fuerza de apelación.

ABOLICIÓN Y REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES CONSIDERADAS CULTURALES O DEPORTIVAS QUE SUPONEN UNA EXCEPCIÓN A LAS LEYES DE PROTECCIÓN ANIMAL

ANNA MULÀ ARRIBAS

ABOGADA, FUNDACIÓN FRANZ WEBER

EXCEPCIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE LAS ACTIVIDADES CULTURALES Y DEPORTIVAS

En España, las actividades culturales con animales comprenden los espectáculos taurinos, las peleas de gallos, los actos festivos con animales, los circos con animales y el uso de animales en medios audiovisuales. Las actividades deportivas engloban la caza, la pesca y casting, la colombicultura, la colombofilia, la hípica, las carreras de caballos y de salto, el polo, el trineo con perros, el arrastre de piedra con bueyes, équidos u otros bóvidos y el tiro de arrastre.

Con carácter general, se observa que las actividades culturales y deportivas han sido excluidas de la aplicación de la normativa sobre protección de los animales para que puedan seguir realizándose. Por ejemplo, la normativa de la Unión Europea y la del Estado español reflejan este escenario:

- › La Directiva 98/58/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la protección de los animales en las explotaciones ganaderas, establece que no se aplica a los animales destinados a participar en competiciones y actividades culturales o deportivos.
- › El Reglamento 1099/2009, del Consejo, de 24 de septiembre de 2009, relativo a la protección de los animales en el momento de sacrificio o matanza, subraya que no se aplicará durante los acontecimientos relacionados con tradiciones culturales ancestrales o actividades deportivas, incluidas las carreras u otras formas de competición.
- › La ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio, dispone que no se aplica a los espectáculos taurinos y a las competiciones deportivas.

- › El Código Penal español (artículo 337.4) prevé como conducta delictiva maltratar cruelmente a los animales en espectáculos no autorizados legalmente.
- › Las distintas leyes de las Comunidades Autónomas también excepcionan un número de actividades encabezadas por las corridas de toros y otros festejos taurinos populares, pero también actividades consideradas deportivas como la modalidad de caza de tiro al pichón, entre otras.

En Chile, por ejemplo, el rodeo, las corridas de vaca, el movimiento a la rienda y los deportes ecuestres, también son considerados deporte y, por tanto, con arreglo a su artículo 16, tampoco se les aplican las normas de la Ley N°20.380 sobre protección de animales.



PROHIBICIÓN IMPLÍCITA EN LAS LEYES

Respecto aquellas actividades culturales y deportivas que no disponen de una regulación específica que contemple requisitos de bienestar animal, la aplicación de la normativa de protección animal y actividades recreativas impide la continuación de las mismas si suponen un incumplimiento de la legislación de protección de los animales, o impliquen crueldad, maltrato, sufrimiento a los animales o se les someta a tratamientos antinaturales. De allí que deba entenderse que muchas de estas actividades ya estén implícitamente prohibidas. Sin embargo, la realidad es otra bien distinta y actividades como los circos con animales se han tenido que prohibir de forma expresa para hacer efectiva dicha prohibición implícita, lo que, por otra parte, no ha sido de ningún modo negativo, ya que estas leyes han propiciado debates parlamentarios donde se han reconocido a los animales como seres vivos sintientes dignos de protección legal.



ALTERNATIVAS AL USO DE ANIMALES EN ACTIVIDADES CULTURALES Y DEPORTIVAS

La premisa en relación a la defensa de los animales, tal y como reconocen muchas legislaciones sectoriales, es la prohibición de infligir daños y que, algunas actividades que comprometen el bienestar animal, están actualmente reguladas como excepción a la norma. No puede pasarse por alto que cada vez es mayor el consenso a nivel mundial en relación a evitar sufrimientos innecesarios a los animales, y así lo reflejan las leyes que se están dictando en este sentido, y, por tanto, la sociedad esta plenamente legitimada para exigir un ordenamiento jurídico proteccionista y garantista para los animales. No puede tampoco pasarse por alto la legislación de los últimos años marca decididamente una tendencia hacia el reconocimiento de la sintiencia de los animales, como fundamentación jurídica que permita articular derechos y libertades en la materia.

De entrada, considerando que el derecho a la práctica de cualquier actividad cultural o especialidad deportiva fuera absoluto y no tuviera que ponderarse junto a otros derechos, deberían quedar fuera del listado de actividades permitidas, todas aquellas de las cuales actualmente ya existe una modalidad alternativa, que permite su práctica sin implicar padecimientos para los animales. Este puede ser el caso de las modalidades deportivas de caza de tiro al pichón y de codorniz a brazo, prácticas, por otra parte, ya prohibidas en algunos territorios, pero también de los festejos taurinos populares, de la exhibición de animales salvajes en medios audiovisuales o del uso de animales vivos como reclamo, actividades que pueden ser relevadas por toros hinchables, animatronics o cimbeles artificiales, respectivamente, entre otras muchas. Así, la dirección a la que hay que tender es evitar la prohibición de esta praxis, sustituyendo los efectos negativos por otros mecanismos que sean neutrales en estos términos. Y en este supuesto, se aconseja que la búsqueda de alternativas tome como referencia el principio de precaución y cautela en el proceso de toma de decisiones.

IV PROHIBICIÓN DE LAS ACTIVIDADES O REGULACIÓN PARA INCLUIR ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN ANIMAL

Los animales poseen valor desde los puntos de vista cultural, deportivo y recreativo, pero también intrínseco por sí mismos. Dicha proclamación justifica que determinadas actividades culturales y deportivas que provocan sufrimiento y muerte de animales hayan de pasar por un proceso de transformación y/o desaparición.

En atención a la importancia social de la cultura, el deporte y a la necesidad de que estas prácticas vayan de la mano de valores como la defensa de los animales, la solidaridad, la sostenibilidad, la no-violencia o la empatía, se propone una doble vía de actuación por parte de las autoridades públicas: la prohibición o la adecuada regulación de estas actividades. Previamente, resulta necesario establecer límites y criterios para decidir sobre la prohibición o regulación de estas actividades. Las vías de actuación son excluyentes: es perfectamente legítimo pedir que la práctica, de seguir realizándose, se haga en atención a la salud y al bienestar animal y que, de considerarse incompatible con dichos parámetros, se acuerde su prohibición.

Para llevar a cabo dicho análisis, es necesario disponer de información veraz y adecuada. No obstante, en atención al mencionado principio de precaución, debería tenerse en cuenta de forma paralela que, un mínimo conocimiento acerca de la posibilidad de sufrimiento animal, debería conducir a la limitación o regulación preventiva, hasta que no sea posible disponer de la información adecuada para tomar una decisión.

La regulación de las prácticas, que comparten, en mayor o menor medida, la característica de comprometer el bienestar animal, implicaría no solamente elaborar

una legislación proteccionista y garantista de la salud y el bienestar animal, sino también elaborar un efectivo sistema legal de inspección y control, para garantizar precisamente los derechos que la legislación ampare. Es preciso dejar claro que, pese a la exhaustividad que dichas regulaciones pudieran llegar a presentar, no se eliminaría completamente el efecto nocivo en el bienestar animal. No obstante, a falta de poder prohibir ciertas actividades, una adecuada regulación constituye un escenario preferible que permitiría en su caso minimizar dicho impacto.

Actualmente, puede concluirse que las diferentes regulaciones de las actividades culturales y deportivas se caracterizan precisamente por ser bien inexistentes, bien deficientes y poco adecuadas a la realidad. Para entender hasta que punto actualmente la regulación existente en la materia es claramente insuficiente, resulta ilustrativo y sintomático que estas (en los escasos casos en los cuales existe regulación), no contemplen prácticamente en ningún caso la obligatoriedad de intervención de personal veterinario especializado durante las actividades o competiciones.

Debemos ser capaces de mantener una práctica creativa y continuada de revisión de las acciones y actividades éticamente reprobables que pueden surgir en cada momento, en atención a la conciencia y al contexto social. Revisar las relaciones que mantenemos con los animales es, actualmente, una labor tan inevitable como imprescindible, que conviene abordar de forma ética y responsable. Efectivamente, la cultura se transforma y la evolución cultural genera progreso. No se trata de negar la existencia de una tradición cultural, si no de oponerse a la continuidad cultural sin revisión de los valores éticos que dan lugar al reconocimiento de bienes que son dignos de protección jurídica y, correlativamente, de conductas que no deben ser permitidas porque suponen un daño a los animales y a la cultura de paz, lo que postula su regulación o prohibición. Por eso, aun reconociendo la existencia de prácticas que implican sufrimiento y maltrato animal y que forman parte de la cultura de muchos países, es indudable que su mantenimiento contribuye a fomentar una educación y una cultura contraria al respeto a la vida en todas sus formas y expresiones. Ello se deriva de la evolución de la sociedad y del bloque de instrumentos internacionales, europeos y nacionales, que no se pretenden dar a la vertiente cultural un predominio por encima de lo relativo a la protección y bienestar de los animales y las personas.

Una gran parte de la opinión pública no admite que las actitudes culturales y tradicionales hacia los animales justifiquen su uso en términos de maltrato y pobre bienestar. Existe hoy en día una clara tendencia encaminada a proteger a los animales y las personas de actos violentos que puedan ocasionarles daños innecesarios, psíquico o físico, garantizando así su salud y bienestar. Los poderes públicos no pueden obviar que algunas de las prácticas culturales y deportivas que se realizan hoy en día en nuestro país implican grados elevados de sufrimiento para muchos animales. Es imprescindible actuar con responsabilidad ante estas situaciones, analizándolas

en atención a los valores que se quieran proteger y promover, y regulándolas o prohibiendo su práctica si fuera necesario en atención intereses legítimos. Debe conceptualizarse adecuadamente el marco jurídico que ampara el uso de animales en actividades culturales y deportivas, entendiendo que precisamente estas están reguladas en nuestro ordenamiento jurídico como excepciones.

Sin embargo, la aplicación estricta de la normativa de protección animal y actividades recreativas impide la continuación de actividades que supongan un incumplimiento de la legislación de protección de los animales, impliquen o puedan implicar crueldad, maltrato, sufrimiento a los animales o hacerles objeto de tratamientos antinaturales. Gran parte de las actividades culturales o deportivas que carecen de regulación que incorpore requisitos de bienestar animal, por tanto, serían al día de hoy ilegales (menos las que las leyes de protección de los animales se han encargado de excepcionar para posibilitar su celebración).

Ahora bien, si no es posible una suspensión inmediata de estas actividades por ser incompatible ésta con la realidad actual, será del todo necesario abordar, o bien una prohibición expresa, o bien una regulación rigurosa de las condiciones de bienestar animal. El hecho de que las respectivas regulaciones, en caso de existir, no contenga mención alguna a la salud y al bienestar animal es incomprensible y debe modificarse, estableciendo en todo caso una adecuada regulación de la actividad o su prohibición.

Por tanto, será necesario diseñar una regulación destinada a evitar al máximo la exposición de estos animales al sufrimiento derivado de la propia actividad. De este modo, todo texto destinado a regular actividades culturales o deportivas en las cuales intervengan animales, debería constar de una referencia expresa a la importancia de la salud y el bienestar animal, que debe garantizarse en todo momento. Otra cuestión que debería considerarse requisito indispensable es la presencia de personal veterinario debidamente capacitado y formado. También debería evitarse la presencia y participación de menores de edad cuando se deriven riesgos para su salud.

Si no fuera posible dichas garantías mínimas, habría que abordar el debate sobre su prohibición. En los casos en que se opte por una prohibición de las actividades, ante la confluencia de una gran variedad de situaciones, tales como: 1) no existe regulación y ya esté de facto prohibida por la ley; 2) no es posible una regulación por no poder garantizar las condiciones de bienestar; 3) existe una regulación pero no se cumple; 4) la sociedad se inclina por derogar las actividades actualmente excepcionadas por cuanto ya cuentan con reprobación o desafección, en todas estas circunstancias, es importante no perder de vista que estas actividades tienen fines meramente recreacionales para las personas que la practican, y en este contexto, el bienestar animal y la no violencia deben prevalecer, al considerarse intereses superiores a proteger.

V

RESTRICCIÓN DE DERECHOS EN ARAS A LA PROTECCIÓN ANIMAL

Todas las actividades culturales y deportivas en las que se utilizan animales comparten una función o utilidad social muy determinada en el estado de derecho, consistente en proporcionar entretenimiento o diversión a las personas que las practican o presencian. Es decir, son, esencialmente, actividades de ocio y disfrute. Teniendo en mente esta característica compartida, puede afirmarse que, en consecuencia, ninguna de estas actividades sirve de manera directa a las necesidades básicas para nuestra supervivencia con lo que su prohibición no representaría en absoluto afectación a derechos fundamentales. Esta afirmación en absoluto equivale a negar la importancia o relevancia social de la cultura y el deporte. Tan importante es atender a las condiciones materiales para cubrir las necesidades básicas, como al incalculable valor social que pueden llegar a tener determinadas prácticas en términos de salud física y psíquica; convivencia y paz social; y de protección de ciertos valores como el esfuerzo y superación y el éxito colectivo, que toda sociedad debería promover.

No obstante, la promoción y protección de la cultura y el deporte por parte de los poderes públicos, no puede, en ningún caso, suponer la petrificación de dichas actividades, que en su evolución han de responder a la sensibilidad social, temporal y territorialmente cambiante. Este mecanismo de reconversión de la actividad es precisamente condición necesaria de su propia supervivencia. El funcionamiento o la operatividad de los derechos y libertades en nuestro ordenamiento jurídico no puede entenderse de forma autónoma y absoluta, sino que es necesario pensarlos dentro de un esquema más complejo, en el que con frecuencia se dan situaciones de multiplicidad de derechos y libertades en juego en las cuales es necesario realizar una tarea de ponderación. Los derechos pueden verse afectados, restringidos e incluso privados totalmente, si concurren las circunstancias de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, en atención a la consecución de un fin legítimo o interés superior que merece protección. La protección de los animales y la aspiración de una sociedad libre de violencia son, en efecto, fines legítimos.

En atención a la relatividad con la que es necesario analizar el ejercicio de cualquier derecho y al contexto social de cada momento, que varía constantemente y que es un elemento básico en la tarea jurídica interpretativa, es posible afirmar que, cualquier actividad, sea cultural o deportiva, debe analizarse en base a esta sinopsis. De este modo, resulta acorde a derecho que, una actividad que viniera practicándose desde tiempo y que constituyera en consecuencia una tradición sea, en un momento determinado, prohibida o regulada, en atención a lo que dicha actividad signifique en el momento presente y a la luz de la ciencia, ética, derecho, sensibilidad y voluntad social mayoritaria. Este fue el caso, por ejemplo, de la prohibición de las carreras de gansos en un territorio de España, en las cuales tradicionalmente se arrancaba

la cabeza a gansos vivos. Actualmente, esta práctica se sigue realizando, aunque los animales son sacrificados previamente, y consecuentemente, la práctica se ha visto obligada a evolucionar. Considerando esta cuestión, puede afirmarse que cualquier medida destinada a prohibir o regular el ejercicio de las actividades culturales o deportivas con animales, no supondría ningún menoscabo a los derechos y libertades sino, al contrario, un intento por equilibrar y sopesar los distintos derechos legítimos.

VI ESPECIAL MENCIÓN A LAS EXCEPCIONES LEGISLATIVAS EN RELACIÓN CON LAS ESPECIES SILVESTRES

En la normativa de carácter ambiental comunitaria, también se contienen excepciones a la prohibición de capturar, dar muerte, dañar, perturbar, poseer, comercializar, etc. con animales silvestres y especies protegidas y deteriorar o destruir sus hábitats naturales, siempre que se cumplan determinados requisitos. Este tipo de exenciones tienden a beneficiar a los planes o proyectos de infraestructuras, a menudo, incluso ante una opinión desfavorable de los comités de protección de la naturaleza correspondientes de los Estados miembros. Se deben cumplir dos condiciones para que la excepción pueda operar: 1) no existe ninguna otra solución satisfactoria; 2) no supone perjudicar el mantenimiento de las poblaciones de la especie de que se trate en su área de distribución natural. No obstante lo anterior, si a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse el plan o proyecto “por razones imperiosas de interés público de primer orden”, incluidas razones de índole social o económica, el Estado miembro puede decidir realizarlo igualmente tomando medidas compensatorias. Con todo hay que decir que, según los análisis jurisprudenciales publicados, gran parte de las autorizaciones concedidas son anuladas o suspendidas con posterioridad por los Tribunales en ausencia de verdaderas “razones imperativas de interés público de primer orden” que justificarían, según la ley, dichas excepciones.

VII CONCLUSIÓN

Si bien en las últimas décadas se ha avanzado mucho en materia de protección animal a través de instrumentos legislativos, ejecutivos, judiciales y educativos, existen una serie de factores que dificultan seguir evolucionando. Entre ellos, cabe destacar, en gran medida, la institucionalización del maltrato animal y la exaltación de la violencia hacia los animales, ya sea a través de la promoción pública de actividades donde se maltrata a animales o a través de la legalización, como excepción a dicho maltrato, de espectáculos violentos en los que intervienen animales.

LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN CASO DE FALLECIMIENTO DEL ANIMAL DE COMPAÑÍA

IRENE JIMÉNEZ LÓPEZ

ABOGADA

MÁSTER EN ABOGACÍA Y MÁSTER EN DERECHO ANIMAL Y SOCIEDAD,
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA.

INVESTIGADORA EN ICALP - INTERNATIONAL CENTRE FOR ANIMAL LAW AND
POLICY DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA
HOLA@IRENEJIMENEZLOPEZ.COM

LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES: CONCEPTO Y PRUEBA

Ante la muerte de nuestro animal de compañía, ya sea como consecuencia de una negligencia veterinaria, del ataque de otro animal o por una enfermedad de la cual debe responder el criadero o comercio que lo vendió, uno de los principales conceptos a indemnizar es el de los daños morales, además de otros como pudieran ser los gastos veterinarios tales como la eutanasia, el entierro o la incineración.

El Tribunal Supremo español ha definido como daño moral indemnizable el "sufrimiento o padecimiento psíquico"¹ y, más en concreto, el referido a aquellas situaciones entre las que se incluye "el impacto, sufrimiento psíquico o espiritual"²; la "inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre"³ y el "trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente"⁴.

Además, el Tribunal Supremo español ha señalado que "si bien los daños morales en sí mismos carecen de valor económico, no por eso dejan de ser indemnizables conforme a conocida y reiterada jurisprudencia civil, en cuanto actúan como compensadores en lo posible de los padecimientos psíquicos irrogados a quien se puede considerar víctima, y aunque el dinero no actúe como equivalente, como

1 Tribunal Supremo (22.05.19) sentencia nº 474/1995 (ID CENDOJ: 28079110011995104542) y Tribunal Supremo (19.10.1996) sentencia nº 818/1996 (ID CENDOJ 28079110011996102385).

2 Tribunal Supremo (23.07.90) sentencia nº 487/1990 (ID CENDOJ: 28079110011990101309).

3 Tribunal Supremo (22.05.95) sentencia nº 474/1995 (ID CENDOJ: 28079110011995104542).

4 Tribunal Supremo (27.01.98) sentencia nº 47/1998 (ID CENDOJ: 28079110011998101338).

es el caso del resarcimiento de daños materiales, en el ámbito del daño moral, la indemnización al menos palia el padecimiento en cuanto contribuye a equilibrar el patrimonio, permitiendo algunas satisfacciones para neutralizar los padecimientos sufridos y la afección y ofensa que se pueda haber producido”⁵.

Por otro lado, cabe incidir en que, según la mayoría de las Audiencias Provinciales españolas, no es necesario probar los daños morales sufridos. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 26/12/2005⁶ es clara al indicar que “los daños morales no precisan su acreditación dado su contenido inmaterial, ya que derivan directamente de la acción determinante del daño moral”. Así, “no es preciso demostrar cuánto fue el sufrimiento por la muerte de un animal de compañía al que se tenía un afecto y un cariño intenso y cuya compañía se pierde de manera traumática”. De igual manera, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26/09/2012⁷ es también tajante al determinar que “es un hecho notorio que la muerte de una mascota produce en cualquier propietario un daño de este tipo, siendo especialmente intenso en el caso de los perros, por la particular relación de fidelidad y compañía que se establece entre ellos y sus dueños”.



CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES

A los efectos de determinar la cuantía de la indemnización por daños morales, los tribunales españoles han tenido en cuenta diversos criterios, que básicamente se resumen en cuatro grupos: las circunstancias del fallecimiento del animal, el tiempo de convivencia del propietario con el animal, las circunstancias personales y familiares del propietario y la edad del animal.

1. CIRCUNSTANCIAS DE FALLECIMIENTO DEL ANIMAL

El contexto en el que tiene lugar la muerte del animal, así como sus características, es de gran importancia a la hora de valorar el daño moral.

Por un lado, en el supuesto de una negligencia veterinaria, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13/03/2008⁸ habla de “la traumática ruptura de ese lazo

5 Tribunal Supremo (14.07.06) sentencia nº 810/2006 (ID CENDOJ: 28079110011996102385).

6 Audiencia Provincial de Burgos (26.12.05) sentencia nº 573/2005 (ID CENDOJ: 09059370022005100424).

7 Audiencia Provincial Barcelona (26.09.12) sentencia nº 479/2012, (ID CENDOJ: 08019370172012100460).

8 Audiencia Provincial Barcelona (13.03.18) sentencia nº 149/2008 (ID CENDOJ: 08019370162008100142).

afectivo” que “hubo de provocar sin duda un grave sufrimiento psíquico al propietario del animal”. Del mismo modo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 14/10/2009⁹ se refiere a la “tristeza de ver perder algo tan querido”. Y, por último, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23/12/2014¹⁰ tiene en cuenta que “se acrecentó el dolor por la manera en que se produjo su muerte”.

Por otro lado, también pueden resultar especialmente traumáticas las muertes provocadas por el ataque de otro animal, como es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 26/12/2005¹¹, que destaca el tiempo transcurrido “entre la acción agresora y el fallecimiento de la perra”, la cual “se debatía entre la vida y la muerte”, estando “acompañada de la actora, la cual (...) padeció evidentes daños morales derivados de la angustia y pesar por la gravedad de las lesiones del animal”. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Torrijos de 05/10/2012¹², que constata “un importante impacto psicológico, máxime cuando el fallecimiento (...) se produjo en circunstancias tan violentas”.

2. TIEMPO DE CONVIVENCIA CON EL ANIMAL

La larga duración de la tenencia del animal con su propietario supone otro factor a tener en cuenta a la hora de cuantificar los daños morales, especialmente si el animal convive dentro del domicilio, convirtiéndose entonces en “un amigo especial de la familia y al que” su propietario “tenía un gran cariño”, en palabras de la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 19/10/2012¹³.

Se considera extenso un tiempo de convivencia de diez años (sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22/09/2006¹⁴), ocho años (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26/09/2012¹⁵), seis años (sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Torrijos, de 05/10/2012¹⁶) y cinco años (sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 26/12/2005¹⁷).

⁹ Audiencia Provincial Valencia (14.10.09) sentencia nº 577/2009 (ID CENDOJ: 46250370112009100545).

¹⁰ Audiencia Provincial Madrid (23.12.14) sentencia nº 477/2014 (ID CENDOJ: 28079370142014100473).

¹¹ Audiencia Provincial Burgos (26.12.05) sentencia nº 573/2005 (ID CENDOJ: 09059370022005100424).

¹² Juzgado de Primera Instancia Torrijos (05.10.12) sentencia nº 165/2012.

¹³ Audiencia Provincial Burgos (19.10.12) sentencia nº 373/12 (ID CENDOJ: 09059370032012100271).

¹⁴ Audiencia Provincial Cádiz (22.09.06) sentencia nº 113/06 (ID CENDOJ: 11012370022006100148).

¹⁵ Audiencia Provincial Barcelona (26.09.12) sentencia nº 479/2012 (ID CENDOJ: 08019370172012100460).

¹⁶ Juzgado de Primera Instancia Torrijos (05.10.12) sentencia nº 165/2012.

¹⁷ Audiencia Provincial Burgos (26.12.2014) sentencia nº 573/2005 (ID CENDOJ: 09059370022005100424).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que un tiempo notablemente inferior a los expuestos no es obstáculo para apreciar este criterio en tanto que, tal y como se establece en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23/12/2014¹⁸, incluso “16 meses es tiempo más que suficiente para que una persona se encariñe con un animal”.

3. CIRCUNSTANCIAS PERSONALES Y FAMILIARES

Antes de nada, debe tenerse en cuenta que tanto el propietario como el resto de personas que convivan con el animal de compañía tienen legitimación activa para solicitar cada uno de ellos una indemnización por daños morales. Muestra de ello es la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28/12/2018¹⁹, que otorga una indemnización para cada miembro de la familia (pareja y menor). Lo mismo ocurre en la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 14/02/2020²⁰, estimando una indemnización para los cuatro miembros de la familia (pareja y dos menores).

No obstante, para el caso de que únicamente reclame el propietario, el resto de personas que convivan con éste en el hogar deben ser tenidas en cuenta. Muestra de ello es la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 11/03/2009²¹, que valora, a los efectos de determinar la cuantía, que “había niños en casa, de los que bien es conocida la afectividad a los animales”. Lo mismo ocurre en la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 07/06/2016²², según la cual “se ha de valorar también que el perro, además de con la actora, convivía con la madre de ésta, de avanzada edad (94 años) con demencia, a la que hacía compañía y entretenía (...), y se ha de valorar como sufrimiento propio de la actora el dolor y malestar que le producía que su madre no tuviera la compañía y bienestar que le proporcionaba el perro”.

Por último, además de las circunstancias familiares, también son tenidas en cuenta las circunstancias personales del propietario, como es el supuesto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 19/01/2010²³, que tuvo en cuenta a la hora de fijar la cuantía que el perro era la “única compañía” de la propietaria “puesto que sus hijos residen en Alemania”. Otro ejemplo de ello es la sentencia de la Audiencia

¹⁸ Audiencia Provincial Madrid (23.12.14) sentencia nº 477/2014 (ID CENDOJ: 28079370142014100473).

¹⁹ Audiencia Provincial Valencia (28.12.18) sentencia nº 551/2018 (ID CENDOJ: 28079370102014100350).

²⁰ Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife (14.02.20) sentencia nº 175/2020.

²¹ Audiencia Provincial Palencia (11.03.09) sentencia nº 82/2009 (ID CENDOJ: 34120370012009100134).

²² Audiencia Provincial Burgos (07.06.16) sentencia nº 235/2016 (ID CENDOJ: 09059370022016100157).

²³ Audiencia provincial Baleares (19.01.10) sentencia nº 17/2010 (ID CENDOJ: 07040370032010100029).

Provincial de Barcelona de 13/03/2008²⁴, que aprecia “el indudable perjuicio moral padecido por el propietario demandante, ya que precisamente debido a su minusvalía (sufre trastornos graves de la personalidad de etiología idiopática) y la subsiguiente vulnerabilidad, se hacía más aconsejable que nunca el vínculo afectivo que se origina entre el animal doméstico y su amo”.

4. EDAD DEL ANIMAL

En cuanto a la edad del animal en el momento de la muerte, resulta igual de relevante tanto que el animal sea joven como mayor, pues existen sentencias que ponen en valor ambos criterios.

Así, en cuanto a un animal de edad avanzada, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22/09/2006²⁵ es clara al indicar que “da igual que el perro fallecido tuviera diez años (...), en cuanto que debe computarse el claro y alto valor de afección que el fallecido tenía para sus dueños”. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 11/03/2009²⁶ valora los años de esperanza de vida que pudieran quedarle al animal, a pesar de que se tratase de un perro mayor.

Por el contrario, ante la muerte de perros jóvenes o incluso cachorros, establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27/01/2015²⁷ que “la inquietud viene no solo del tiempo que se ha convivido, sino también de la posibilidad de no seguir conviviendo”. De la misma forma, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23/12/2014²⁸ señala expresamente que “el animal tenía toda una vida por delante, que se vio truncada por la actitud negligente de los demandados”.



CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL

Como bien señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23/12/2014²⁹, “al no existir un baremo aplicable en este caso, la motivación de la cuantificación del daño moral solo puede producirse *per relationem* a los usos del foro, es decir, al acervo de sentencias de los tribunales que vienen cuantificando el daño moral en lo relativo a la muerte del animal”.

²⁴ Audiencia provincial Barcelona (13.03.08) sentencia nº 149/2008 (ID CENDOJ: 08019370162008100142).

²⁵ Audiencia provincial Cádiz (22.09.06) sentencia nº 113/2006 (ID CENDOJ: 11012370022006100148).

²⁶ Audiencia provincial Palencia (11.03.09) sentencia nº 82/2009 (ID CENDOJ: 34120370012009100134).

²⁷ Audiencia provincial Madrid (27.01.15) sentencia nº 28/2015 (ID CENDOJ: 28079370212015100026).

²⁸ Audiencia provincial Madrid (23.12.14) sentencia nº 477/2014 (ID CENDOJ: 28079370142014100473).

²⁹ Audiencia provincial Madrid (23.12.14) sentencia nº 477/2014 (ID CENDOJ: 28079370142014100473).

A continuación, se relacionan distintas sentencias de tribunales de toda España, pudiéndose comprobar la diferencia de cuantía entre unas y otras:

TRIBUNAL Y FECHA	DAÑO POR PERSONA
Audiencia Provincial de Córdoba, 18/05/2018 ³⁰	3.000 €
Audiencia Provincial de A Coruña, 11/06/2013 ³¹	3.000 €
Juzgado de Primera Instancia de Torrijos, 05/10/2012 ³²	3.000 €
Audiencia Provincial de Madrid, 23/12/2014 ³³	2.900 €
Audiencia Provincial de Valencia, 14/10/2009 ³⁴	2.500 €
Audiencia Provincial de Madrid, 01/12/2014 ³⁵	1.900 €
Audiencia Provincial de Barcelona, 13/03/2008 ³⁶	1.500 €
Audiencia Provincial de Burgos, 07/06/2016 ³⁷	1.500 €
Audiencia Provincial de Valencia, 28/12/2018 ³⁸	1.500 €
Audiencia Provincial de Burgos, 26/12/2005 ³⁹	1.500 €
Audiencia Provincial de Santander, 10/02/2015 ⁴⁰	1.200 €
Audiencia Provincial de Palencia, 11/03/2009 ⁴¹	1.020 €
Audiencia Provincial de Pontevedra, 21/07/2011 ⁴²	1.000 €
Audiencia Provincial de Oviedo, 24/01/2011 ⁴³	1.000 €

³⁰ Audiencia provincial Córdoba (18.05.18) sentencia n° 358/2018 (ID CENDOJ: 14021370012018100327).

³¹ Audiencia provincial A Coruña (11.06.13) sentencia n° 198/2013 (ID CENDOJ: 15030370052013100201).

³² Juzgado de Primera Instancia Torrijos (05.10.12) sentencia n° 165/2012.

³³ Audiencia provincial Madrid (23.12.14) sentencia n° 477/2014 (ID CENDOJ: 28079370142014100473).

³⁴ Audiencia provincial Valencia (14.10.09) sentencia n° 577/2009 (ID CENDOJ: 46250370112009100545).

³⁵ Audiencia provincial Madrid (01.12.14) n° 409/2014 (ID CENDOJ: 28079370102014100350).

³⁶ Audiencia provincial Barcelona (13.03.08) sentencia n° 149/2008 (ID CENDOJ: 08019370162008100142).

³⁷ Audiencia provincial Burgos (07.06.16) sentencia n° 235/2016 (ID CENDOJ: 09059370022016100157).

³⁸ Audiencia provincial Valencia (28.12.12) sentencia n° 551/2018 (ID CENDOJ: 28079370102014100350).

³⁹ Audiencia provincial Burgos (26.12.05) sentencia n° 573/2005 (ID CENDOJ: 09059370022005100424).

⁴⁰ Audiencia provincial Santander (10.02.15) sentencia n° 57/2015 (ID CENDOJ: 39075370042015100177).

⁴¹ Audiencia provincial Palencia (11.03.09) sentencia n° 82/2009 (ID CENDOJ: 34120370012009100134).

⁴² Audiencia provincial Pontevedra (21.07.11) sentencia n° 420/2011 (ID CENDOJ: 36038370012011100399).

⁴³ Audiencia provincial Oviedo (24.01.11) sentencia n° 36/2011 (ID CENDOJ: 33044370012011100017).

IV CONCLUSIONES

Es una constante en los tribunales españoles la estimación de los daños morales por el fallecimiento del animal de compañía a causa de terceros responsables, y ello es importante porque implica el reconocimiento por parte de los jueces del vínculo y la estima que los humanos tienen con los animales con los que conviven.

No obstante, y aunque es evidente que ninguna suma económica puede resarcir el daño que causa la pérdida de un animal, y mucho menos por culpa o negligencia, sí sería deseable que las cuantías fuesen superiores, como una muestra más del creciente distanciamiento, tanto por parte del ordenamiento jurídico como por parte de la sociedad en conjunto, de la arcaica conceptualización de los animales como “cosas”.

SISTEMA JURÍDICO, EMPRESA Y ANIMALES¹

PIERRE FOY VALENCIA

PROFESOR ASOCIADO DE LA PUCP.

DOCTOR EN DERECHO Y MASTER EN DERECHO AMBIENTAL

COORDINADOR DEL GIDAMB INTE PUCP

MIEMBRO DE LA ASOCIACIÓN DE FUNCIONARIOS Y ABOGADOS POR LOS
DERECHOS DE LOS ANIMALES

INTEGRANTE DE LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO ANIMAL

PFOY@PUCP.EDU.PE

A MODO DE PREMISAS PARA ENTENDER LAS EMPRESAS²

La literatura especializada contemporánea acerca de los nuevos roles de la empresa y los desafíos que le corresponde afrontar en el escenario de postmodernidad, globalización, flexibilización³ y de aplanamiento de la tierra⁴ es realmente apabullante.

Sin embargo, en este contexto, pugnan por mantenerse en una suerte de inmovilidad, determinados conceptos y funciones. Así, desde la perspectiva del análisis económico clásico se entiende a la empresa:

“(...) como un ente productivo que transforma materiales, esfuerzo, energía y otra serie de *inputs* en productos que posteriormente serán distribuidos entre los consumidores. En dicho análisis se realiza una distinción fundamental entre productor y consumidor, sin entrar en el análisis de las distintas formas organizativas. La empresa clásica es, por tanto, una función de producción que transforma *inputs* en *outputs*.

(...) El objetivo de la empresa es maximizar el beneficio, es decir, la diferencia entre el valor de la producción vendida y el coste de los recursos que emplea en

1 Artículo desarrollado en el marco de tareas de investigación del Grupo de Investigación INTE PUCP / Derecho Ambiental. Se contó con la opinión y colaboración de varios de los miembros de dicho grupo.

2 Texto retomado de la presentación a nuestra obra FOY VALENCIA, Pierre. *Consideraciones jurídicas sobre los negocios ambientales*, Lima, Perú. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2013. p. 19-22.

3 TOFFLER, Alvin y Heidi. *La revolución de la riqueza*, Madrid, España. Debate, 2016.

4 FRIEDMAN, Thomas L. *Caliente, plana y abarrotada. Por qué el mundo necesita una revolución verde* Barcelona, España. Grupo Editorial Planeta, 2010.

la producción. Para ello, debe obtener el máximo producto posible a partir de los factores productivos utilizados o, alternativamente, obtener el producto al mínimo coste”⁵.

En realidad, de esta lectura que asume el imperativo económico de la maximización de las utilidades, se desprende una concepción antropológica: el *homo economicus*, el hombre como un ser egoísta preocupado únicamente por su propio bienestar, como un individuo auto interesado preocupado únicamente por su propio bienestar⁶.

Al respecto, cabe señalar que:

“El concepto original y, de paso, el más restringido de ‘empresa’ es el que ofrece la doctrina económica neoclásica en el marco de los principios del sistema económico capitalista. Así, desde esta perspectiva meramente económica de la empresa, entendida fundamentalmente como la unidad económica de producción básica, ésta combina distintos factores, en unas cantidades determinadas para la producción de bienes y servicios con el ánimo de alcanzar unos objetivos definidos”⁷.

Sin embargo, con frecuencia se han criticado las definiciones exclusivamente económicas de la empresa, que la conciben básicamente como una entidad meramente transformadora de factores de producción (*inputs*) en resultados (*outputs*), así como por adoptar un enfoque excesivamente despersonalizador y altamente mecanicista de la misma. De ahí que, desde otros enfoques alternativos, hayan surgido diferentes propuestas definitorias de este concepto que tienden a concebirla, más bien, como un tipo particular de organización o asociación humana donde se desatan los valores técnicos y económicos, pero también los cooperativos y/o sociales que igualmente la caracterizan.

Así, BUENO, CRUZ y DURÁN⁸ caracterizan la empresa como “unidad económica” de esta forma: la empresa es una unidad de producción; la empresa es una unidad de decisión, por tanto, de planificación y control; la empresa es una unidad financiera; y, finalmente, la empresa es una organización o “comunidad de intereses”. Su conceptualización del término empresa les lleva, pues, a definirla como:

“La unidad económica que combina un conjunto de elementos humanos, técnicos y financieros, localizados en una o varias unidades técnicas y físico-espaciales, ordenados según determinada estructura de organización y dirigidos en base a cierta relación de propiedad y control, con el ánimo de alcanzar unos objetivos determinados”.

5 GONZÁLEZ FIDALGO, Eduardo y Juan VENTURA VICTORIA. *Fundamentos de administración de empresas* Madrid: Ediciones Pirámide, 2003. p. 26-27

6 Ibid, p. 48.

7 BUENO, Eduardo; CRUZ, Ignacio y Juan DURÁN. *Economía de la empresa: análisis de las decisiones empresariales*. Madrid, España. Pirámide, 1992. p.22.

8 Ibid, p. 47-48.

En realidad, una de las características fundamentales del concepto generalmente aceptado de empresa es la de constituir una verdadera unidad de decisión, así la empresa es algo más que un simple conjunto de bienes materiales. La empresa es pues un sistema de coordinación central, una unidad de dirección y planificación⁹. En resumen, desde una perspectiva clásica, la función asignada a las empresas como unidad económica de producción consiste básicamente en la producción (bienes y servicios) para la satisfacción de necesidades de la comunidad¹⁰.

Al respecto nos refiere MARTÍNEZ¹¹ en cuanto a las funciones de la empresa:

“Otra función, es la de proporcionar lucro a los inversores, que constituye el núcleo de la teoría del accionista, según la cual los accionistas adquieren acciones de la empresa con la única finalidad de maximizar el retorno de su inversión. En tales condiciones, el deber principal de los administradores es maximizar el retorno financiero de los inversores haciendo que la compañía obtenga el mayor lucro posible.

La idea de que la función de la empresa, como institución social, está acotada sólo a la maximización de sus beneficios, es sin duda una dimensión económica - financiera que está en retirada. Hoy, cada vez más se habla de una dimensión social de la empresa (...).”

La empresa, conforme al análisis de HUNDSKOPF¹²:

“(...) Guillermo Cabanellas, en su Diccionario de derecho usual, define la empresa como una organización de bienes y actividades - capital y trabajo - con una finalidad lucrativa, ya sea de carácter privado, en que persigue la obtención de lucro para los socios o accionistas; o de carácter público, o cumplir otra finalidad en beneficio del interés general. En definitiva, vemos que el concepto de empresa desde el punto de vista económico resulta más amplio desde el punto de vista jurídico.

En la historia moderna, el surgimiento de la empresa como es concebida actualmente, es decir como la concurrencia o conjunción del capital y el trabajo en cualquiera de sus modalidades o expresiones, constituyó un evento extraordinario y sorprendente que exigía una rápida respuesta del derecho, la que sin duda se dio con el surgimiento del derecho empresarial. Aparece así una disciplina que busca regular todos los aspectos en los que el derecho se vincula a la empresa”.

9 RIALP CRIADO, Alex. *Fundamentos teóricos de la organización de empresas. Un enfoque interdisciplinar*. Madrid, España. Ediciones Pirámide, 2003. p. 20-21.

10 AGUIRRE, A.; CASTILLO, A. y D. TOUS (1999). *Administración de organizaciones. Fundamentos y aplicaciones*. Madrid, España. Pirámide, 1999.

11 MARTÍNEZ CERNA, Luis. ¿Una empresa socialmente responsable es más competitiva?. Ponencia presentada en el Tercer Encuentro Internacional sobre Economía, Política y Ética, 2006. [en línea] [fecha de consulta: 12.06.20] Disponible en: <http://www.eumed.net/eve/resum/06-05/lmc.htm>.

12 Hundskopf EXEBIO, Oswaldo. *Derecho comercial. Temas societarios*. Tomo VIII. Lima, Perú. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2008. p. 149-150.

Las empresas ya no son únicamente entidades productoras de bienes y servicios que buscan el lucro a cualquier costo. Dentro de una concepción moderna, las empresas son ahora entidades responsables por su entorno, porque justamente de ese entorno dependen y se nutren.

Hay que tener en cuenta que la globalización de la economía hace que las fronteras comerciales desaparezcan, con lo cual los mercados crecen, lo que demanda un proceso de cambio en las organizaciones económicas, que, a su vez, obliga a constantes modificaciones jurídicas respecto de las normas regulatorias de las empresas para adaptarse a ese nuevo entorno¹³.

En buena cuenta, la empresa es un concepto polisémico, en donde al menos para efectos del presente estudio cabe tener en cuenta estos alcances conceptuales básicos:

CONCEPTO DE EMPRESA ¹⁴	
En general	La empresa es la unidad económico-social con fines de lucro, en la que el capital, recursos naturales, el trabajo y la dirección se coordinan para llevar a cabo una producción socialmente útil, de acuerdo con las exigencias del bien común. Los elementos necesarios para formar una empresa los Factores Productivos: capital, trabajo y recursos materiales Se entiende por empresa al organismo social integrado por elementos humanos, técnicos y materiales cuyo objetivo natural y principal es la obtención de utilidades, o bien, la prestación de servicios a la comunidad, coordinados por un administrador que toma decisiones en forma oportuna para la consecución de los objetivos para los que fueron creadas. Para cumplir con este objetivo la empresa combina naturaleza y capital.
En Administración	Es el grupo social en el que a través de la Administración de capital y el trabajo se producen bienes y servicios, tendientes a la satisfacción de las necesidades de la sociedad
En Derecho	Es una entidad jurídica creada con ánimo de lucro y está sujeta al Derecho Mercantil.
En Economía	Es la unidad económica básica encargada de satisfacer las necesidades del mercado mediante la utilización de recursos materiales y humanos. Se encarga, por tanto, de la organización de los factores de producción, capital y trabajo”.

Elaboración: propia.

¹³ Acerca del Derecho empresarial, en una entrevista efectuada por un alumno de la Universidad de Lima al doctor Oswaldo Hundskopf Exebio, ex decano de la Facultad de Derecho de dicha casa de estudios, ante la pregunta: “¿Qué se puede entender por los conceptos de derecho empresarial y derecho comercial desde el punto de vista peruano?”, el doctor Hundskopf afirma que el Derecho comercial es eminentemente privado mientras que el Derecho empresarial es una mixtura entre el derecho público y privado; por ejemplo: el Derecho penal económico es parte del Derecho empresarial. Asimismo, el Derecho comercial es parte del Derecho empresarial; por tanto, puede decirse que el derecho empresarial es el género y el derecho comercial es la especie. (Relación de género-especie entre ambos conceptos). El Derecho comercial es una de las columnas del Derecho empresarial. En el lenguaje normal (entiéndase normal como: coloquial) se utiliza el concepto de empresa como sinónimo de sociedad, pero no toda empresa es sociedad ni viceversa. La empresa es un órgano más económico, financiero y contable. SARMIENTO, Alonso (21 de abril del 2010). “Entrevista al doctor Oswaldo Hundskopf”. <<http://www.youtube.com/watch?v=2e2K1o0COsY>>. [Consulta: 12 de mayo del 2011].

¹⁴ Wikipedia. Empresa. [en línea] [fecha Consulta: 12 de mayo del 2011] Disponible en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Empresa>

Es bajo estas pre consideraciones, que nuestro estudio asume la relevancia contemporánea de la empresa, desde un enfoque de empresa sostenible, con acento en el bienestar animal y desde una perspectiva jurídica interdisciplinaria¹⁵.



LA EMPRESA SOSTENIBLE¹⁶

Para esta compleja temática, me permito sugerir algunas reflexiones:

- a) La relación Empresa Ambiente requiere un enfoque sistémico. El entorno empresarial, es pues cada vez más complejo que los escenarios convencionales de actuación e intervención empresarial. El entorno empresarial, ahora involucra mayor integralidad, no sólo por el fenómeno real de la globalización sino porque en ese contexto adquiere significativamente implicancias los aspectos como el cambio climático, la diversidad biológica como interés de la humanidad, las ciudades, entre otros¹⁷.
- b) Los diversiformes escenarios del quehacer empresarial, hoy en día juridificados o sujetos a marcos legales cada vez más crecientes y complejos, inobjetablemente empiezan a ser ambientalizados. En buena cuenta podemos hablar de “los procesos de juridificación ambiental de la empresa”. Vale decir de un derecho empresarial ambiental, o si se quiere de cómo el Derecho Ambiental sirve al derecho de la empresa.
- c) Las fuentes materiales de este Derecho Empresarial Ambiental estarían referidas a todas esas preocupaciones, desafíos y problemas que la actividad empresarial debe acometer para prevenir y contrarrestar los problemas e impactos ambientales negativos y promover mejores condiciones de productividad y consumo sostenibles, generando oportunidades limpias y mejor calidad de vida para las actuales y futuras generaciones.

¹⁵ Ver de FOY VALENCIA, Pierre. Sistema jurídico y animales. BOLETÍN GIDAMB. Boletín del Grupo de Investigación en Derecho Ambiental (GIDA - INTE PUCP). Año 2 N° 4, marzo 2017. p. 2-8. [Fecha consulta: 12 de octubre del 2020]. Disponible en: https://inte.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2017/04/Boletin_GIDA_INTE_4.pdf.

¹⁶ Texto retomado de FOY, 2013. p. 41-43: Capítulo primero: Bases conceptuales ética, ambiente y empresa: 1.1 la empresa y el desarrollo sostenible: una perspectiva crítica de proceso: 1.1.1 La relación empresa sostenibilidad.

¹⁷ Algunas fuentes sobre la relación Ambiente y empresa: GÓMEZ FRAILE, Fermín. *Cómo hacer el manual medioambiental de la empresa*. Madrid, España. Fundación Confemetal, 1999. CONDE, Javier (coord.) *Empresa y medio ambiente: hacia la gestión sostenible*. Madrid, España. Fundación para la Investigación y el Desarrollo Ambiental, 2003. RUESGA, Santos y Gemma DURÁN (coords.) *Empresa y medio ambiente: hacia la gestión sostenible*. Madrid, España. Pirámide, 1995.

- d) En consecuencia, los aspectos generales de la empresa, implicarían considerar los principios, conceptos, instituciones del derecho ambiental, entre otros al ámbito empresarial; como serían los principios jurídico ambientales de la prevención, precaución, internalización (afectador pagador), externalización (responsabilidad por daño), entre otros, así como los aspectos de la responsabilización, penal, administrativa o civil, y los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en tanto sean invocables. Asimismo otro aspecto central, estaría referido a la gestión ambiental de la empresa y sus instrumentos de gestión¹⁸. Por ejemplo, un escenario de herramientas generales aplicativas lo encontraríamos en la Ley General del Ambiente (Art. 17.2), que comprende entre los instrumentos de gestión ambiental a¹⁹:
- e) “Los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; la evaluación del impacto ambiental; los Planes de Cierre; los Planes de Contingencias; los estándares nacionales de calidad ambiental; la certificación ambiental, las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental²⁰, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; los mecanismos de participación ciudadana; los planes integrales de gestión de residuos; los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales; los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción; la clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación; y, en general, todos aquellos orientados al cumplimiento de los objetivos señalados en el artículo precedente”²¹.
- f) Desde una perspectiva más especial, a modo meramente ilustrativo o enumerativo y sin la sistemática rigurosidad del caso, cabría desplegar un vasto y potencial escenario de derecho empresarial ambiental específico, extensible a las múltiples interrelaciones de los derechos sectoriales asociados a la actividad empresarial²².

¹⁸ Artículo 16.1 la LGA. Los instrumentos de gestión ambiental son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, sobre la base de los principios establecidos en la presente Ley, y en lo señalado en sus normas complementarias y reglamentarias.

¹⁹ CONESA, Vicente *Instrumentos de la gestión ambiental en la empresa*. Madrid, España. Ediciones Mundi-Prensa, 1997.

²⁰ GRAY, Rob; BEBBINGTON, Jan y Diana WALTERS *Contabilidad y auditoría ambiental*. Traducción de Samuel Alberto Mantilla. 2.a edición. Bogotá, Colombia. Ecoe Ediciones, 2009. ATRISTAIN, Patricia y Ricardo ÁLVAREZ BARRÓN. *La responsabilidad de la contabilidad frente al medio ambiente*. México D.F.: Instituto Mexicano de Contadores Públicos, 1998.

²¹ Ciertamente no es un número clausus de modo que habrá muchos más, como que de suyo entre los instrumentos económicos se derivan los Tributos Ambientales que son invocados en varios pasajes de la LGA. Ver FOY VALENCIA, Pierre, 2013.

²² Al respecto, cabría hacer una lectura jurídica a los econegocios. BRACK EGG, Antonio (11 de marzo del 2010). “Ministro Brack invoca a inversionistas extranjeros a invertir en econegocios”. Lima. <http://www.minam.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=632:ministro-brack-invo-ca-a-inversionistas-extranjeros-a-invertir-en-econegocios> [Consulta: 31 de enero del 2012].



ESBOZO DE APROXIMACIÓN JURÍDICA SISTEMÁTICA A LA RELACIÓN EMPRESA Y ANIMALES

No son muchas las referencias teóricas que nos permitan elaborar una tipologización o sistemática conceptual acerca de la relación empresa - animales en sede jurídica. Por ello, nos aventuramos a elaborar una propia, con los riesgos y sesgos que ello conlleva.

Una primera consideración radicaría en diferenciar grosso modo entre: a) La empresa y los animales al servicio de las necesidades humanas; b) La empresa al servicio de los animales. Sin embargo, se trataría de una dualidad muy ambigua.

En el primer caso, la empresa y los animales al servicio de las necesidades humanas, resultan muy evidentes situaciones como el de las empresas dedicadas al aprovechamiento -se espera que sostenible- de los animales para fines de las industrias alimentaria, farmacéutica, turística, biotecnológica, vestuaria y de la moda, para el comercio legal de los animales y de objetos ornamentales y utilitarios que aplican insumos de origen animal, las empresas deportivas, de entretenimiento y espectáculos, las de seguridad, por mencionar las más identificables.

En el segundo caso, de la empresa al servicio de los animales, como sería por ejemplo una veterinaria para los animales de producción, ciertamente está al servicio de aquellos, pero en función a las necesidades de la producción, comercio y consumo humano. Ampliando la perspectiva más allá del referente veterinario, se podría decir por ejemplo que en el caso de los animales de compañía sí se cumpliría el propósito de empresas más directamente a su servicio, como la salud, alimentación y hasta recreación. No obstante, queda siempre la percepción que en el fondo todo ello obedece más a la complacencia de los intereses altruistas, emocionales o compasivos de las personas en primera línea, por lo que a ellos le significan sus animales. Sin desestimar las preocupaciones genuinamente zoófilas o de un reconocimiento inherente al valor en sí de estos seres vivos y sintientes o en todo caso advirtiéndose una mixtura de intereses.

Acaso un escenario menos mediatizado de intereses humanos podría ser la actividad de la conservación -en una perspectiva lucrativa ya que hablamos de empresa- lo cual per se no necesariamente es negativo o perverso²³. De igual modo, siempre se podrá invocar que esa actuación descansa en enfoque antropocéntrico, sin desestimar a su vez una valoración más inherentemente naturocéntrica.

²³ Al respecto, cabe aclarar que estamos haciendo una descripción objetiva de lo que se advierte en la realidad, sin entrar propiamente en consideraciones de orden ético.

Otros escenarios empresariales, que lleva a cuestionar esta dualidad expuesta, es por ejemplo lo relacionado a los negocios sobre la producción literaria, fílmica y mediática, así como la instrumental para experimentos y tecnologías diversas, tanto para la formación ciudadana –en sus distintos niveles y actividades aplicativas– o la especializada como biólogos, veterinarios, ingenieros de industrias alimentarias y en general profesiones y oficios de la ciencia animal.

Estas últimas apreciaciones, nos reafirman lo endeble de la dualidad planteada inicialmente, pero que nos sirvió como un punto de arranque para mostrar lo complejo de la cuestión.

Una segunda consideración, con un acento más jurídico, estaría relacionada con los diversos escenarios o áreas del derecho empresarial y su relación con la cuestión animal²⁴:

- a) La empresa y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Su relación con la diversidad biológica (sistemas, especies y genes) y las áreas naturales protegidas.
- b) La gestión y las políticas públicas respecto las empresas en relación con el componente animal y el bienestar animal. Enfoques transectoriales y sectoriales. Niveles de gestión en relación con la cuestión animal: regional y local.
- c) La perspectiva internacional y de la integración respecto los negocios y la regulación animal.
- d) El bienestar animal como límite al comercio internacional.
- e) Dimensión empresarial de las regulaciones especiales sobre animales domésticos, de compañía, de laboratorio y de utilización en experimentación e investigación.
- f) Regulaciones sectoriales para las empresas relacionadas con los animales en sectores de la producción y agrario (fauna silvestre, recursos hidrobiológicos, transformación y manufactura con insumos animales), la actividad sanitaria humana y farmacéutica.
- g) Regulaciones sectoriales para empresas sobre aprovechamiento de recursos mineros, y energéticos en relación con la protección y bienestar animal.
- h) Las empresas y la cuestión social cultural respecto los animales en la aplicación de prácticas culturales, consuetudinarias y animales.

²⁴ Estamos sin duda –más aun por el carácter exploratorio del tema– ante un listado enumerativo (numerus apertus), no taxativo.

- i) Empresas y actividades comunales y animales (consumo, subsistencia, comercio, producción).
- j) Empresas sobre deportes, espectáculos, entretenimientos y animales.
- k) Empresas gastronómicas y vestuarios y la utilización de animales.
- l) Comercio y transporte de animales, turismo, zoológicos, entre otros.
- m) Empresas educativas, mediáticas y de difusión en temas animales, no necesariamente proteccionistas. Por ejemplo, manuales de gallística, toreo o caza.

IV

ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL ANIMAL DE LAS EMPRESAS²⁵

La presencia del animal en el hombre (y viceversa) se encuentra indisolublemente integrada desde la noche de los tiempos de la humanidad. El arte, la cultura, la economía, la empresa, entre otros dominios, son fuente de conexión constante de la relación hombre - animal. En los últimos tiempos el movimiento bienestarista que propugna el bienestar de los animales (BA)²⁶ al servicio de las necesidades humanas -a diferencia de las tendencias antiespecistas²⁷ que propugnan por no utilizar a los animales ni consagrar a la especie humana como el centro de las necesidades- ha logrado instaurar un conjunto de premisas y principios que van tomando formas muy concretas.

Así por ejemplo el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que los animales son seres sensibles y que han de tenerse plenamente en cuenta las exigencias en materia de BA a la hora de formular y aplicar determinadas políticas de la UE. Igualmente, con la reforma constitucional alemana (2002) se indica en su Artículo 20 a:

²⁵ Ver de FORBES, Roger, Bienestar animal y responsabilidad social: conceptos generales. CEGESTI Éxito empresarial, No. 124. [en línea] fecha de consulta: 12.11.2020] Disponible en: http://www.cegesti.org/exitoempresarial/publicaciones/publicacion_124_200910_es.pdf

²⁶ GARCÍA, Enrique Alonso (s/f). La constitucionalización de la dignidad y el bienestar de los animales. Su valor como principio general del derecho de rango constitucional [fecha consulta:12.11.20] Disponible en: <http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=dignidad%20de%20los%20animales%20sy%20constitucion%20alemana%20&source=web&cd=7&ved=0CEYQFjAG&url=http%3A%2F%2Fwww.psoe.es%2Fdownload.do%3Fid%3D484358&ei=H842T5mGDciggwf63eXnBQ&usg=AFQjC-NGZ26iamdxfre-CDeFuGLZK4uYYQ>

²⁷ El Antispecismo postula que del mismo modo en que se debe ser antirracista o antisexista por combatir esa prevalencia de razas o de género, igualmente hay que cuestionar la hegemonía de una de una especie (la humana) por encima de otras, es decir de los animales no humanos, en la terminología de Mosterín.

[Protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales].- El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial.

En otros terrenos se viene generando y recepcionando esta tendencia expresada en mecanismos de Certificación sobre BA. En buena cuenta cabría afirmar que la cuestión del BA es paralela y complementaria a la responsabilidad ambiental. Ya se encontraba consagrada en la norma ISO 10993-2:2006, pero exclusivamente para procedimientos médicos y biológicos. En el caso de la Unión Europea, cuyas medidas son expedidas por la Comisión Europea se extienden a actividades de explotación, transporte, sacrificio, uso de animales para laboratorio, incorporando a su vez la iniciativa de la FAO - Initiative on Capacity Building to Implement Good Animal Welfare Practices. Igualmente cabe destacar - los estándares existentes en los Estados Unidos, expedidos por el Centro de Información sobre el Bienestar Animal (AWIC - Animal Welfare Information Center) del Departamento de Agricultura.

ARTÍCULOS

LOS ANIMALES EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN E INSUMOS PARA EL DEBATE DEL PROCESO CONSTITUYENTE

ANIMALS IN THE CONSTITUTION: CURRENT STATE OF AFFAIRS AND INPUTS FOR THE CONSTITUENT PROCESS DEBATE

MARÍA JOSE CHIBLE VILLADANGOS

ABOGADA
MAGISTER EN DERECHO LABORAL Y
PREVISIONAL, UNIVERSIDAD ADOLFO IBAÑEZ
MASTER EN DERECHO ANIMAL Y SOCIEDAD,
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA
PROFESORA UNIVERSIDAD ADOLFO IBAÑEZ
FUNDADORA Y PRESIDENTA DE FUNDACIÓN ARCA
MJCHIBLEV@GMAIL.COM

JAVIER GALLEGO SAADE

ABOGADO
MAGISTER EN TEORÍA DEL DERECHO,
UNIVERSIDAD DE NUEVA YORK
PROFESOR INSTRUCTOR DE DERECHO,
UNIVERSIDAD ADOLFO IBAÑEZ
JAVIER.GALLEGO@UAI.CL

Resumen: En el último tiempo la posición del animal no humano en el derecho chileno se ha vuelto materia obligada para abogados constitucionalistas, en especial para aquellos que enseñan y ejercen en el ámbito de los derechos constitucionales. Considerando que los movimientos animalistas en Chile ejercieron una influencia importante en la discusión de los dos cuerpos legales inequívocamente orientados a la protección del bienestar animal, es de esperar que ejerzan, o pretendan ejercer, una influencia similar en el debate constituyente próximo. Este artículo ofrece algunos insumos – normativos y teóricos – para ese debate. El artículo expone de modo sistemático las opciones disponibles en el derecho comparado para elevar a rango constitucional la protección animal. Luego revisa los giros que ha dado el debate académico sobre derechos de animales en la literatura anglo-parlante (donde la cuestión se desarrolló comparativamente con mayor profundidad) como insumo adicional a la inminente discusión constitucional.

Palabras clave: Derecho Animal, derechos fundamentales, proceso constituyente, lenguaje de los derechos.

Abstract: In recent times the position of non-human animals in Chilean law has become a mandatory subject for constitutional lawyers, especially for those who teach and practice in the field of constitutional rights. Considering that animal activists in Chile exerted an important influence in the discussion of the two main legal statutes unequivocally oriented to the protection of animal welfare, we can expect they will exercise, or attempt to exercise, a similar influence in the upcoming constitutional debate. This article offers some *inputs* – normative and theoretical – for that debate. The article systematically exposes the options available in comparative law to elevate animal protection to a constitutional level. It then goes over the turns that the academic debate on animal rights has taken in the Anglo-speaking literature (where the issue developed in greater depth, comparatively) as an additional input to the impending constitutional debate.

Keywords: Animal law, fundamental rights, constituent process, rights-talk.

INTRODUCCIÓN

La posición del animal no humano en el derecho chileno siempre ha estado disponible como objeto de estudio dogmático, al menos para abogados civilistas y penalistas. Las reglas sobre adquisición y tradición de animales en tanto bienes semovientes y las prohibiciones penales al maltrato animal existen desde que tenemos códigos civil y penal. Pero en el último tiempo la posición del animal en el Derecho se ha vuelto materia obligada también para abogados constitucionalistas, en especial para aquellos que enseñan y ejercen en el ámbito de los derechos constitucionales. Hoy un abogado constitucionalista no puede permitirse no tener una opinión sobre el espacio que le corresponde al animal no humano en el orden constitucional chileno.

Progresivamente se ha asumido en Chile el desafío de definir sistemáticamente el derecho animal como una rama emergente y autónoma del derecho, y de tematizar los intereses de animales no humanos disponiendo del lenguaje de los derechos¹. Sociológicamente, podemos describir el fenómeno como la progresiva asimilación jurídica de una demanda ciudadana, articulada por diversos movimientos sociales – movimientos animalistas – que han logrado introducir en el discurso jurídico chileno la idea del animal no humano como sujeto de derechos. Considerando que dichos movimientos ejercieron una influencia importante en la discusión de los dos cuerpos legales inequívocamente orientados a la protección del bienestar animal – la Ley N° 20.380 sobre Protección Animal de 2009 y la Ley N° 21.020 Sobre Tenencia Responsable de Mascotas de 2017 – es de esperar que ejerzan, o pretendan ejercer, una influencia similar en el debate constituyente próximo. En este sentido, el debate constituyente representará una oportunidad irresistible e ineludible para elevar la protección animal a rango constitucional.

1 El primer artículo que ofrece una reconstrucción sistemática del derecho animal como rama autónoma del derecho en Chile es CHIBLE, María José. Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho. *Revista Ius et Praxis*. Talca, Chile. 2016. 2(22):373-414. Ese mismo año la *Revista Derecho y Humanidades*, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, dedica su número 27 al derecho animal, con nueve contribuciones originales. En 2018 los autores del presente artículo editamos un volumen colectivo con propuestas teóricas y prácticas sobre regulación animal: CHIBLE, María José y GALLEGO, Javier. *Derecho Animal: Teoría y práctica*. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters, 2018. El mismo año Macarena Montes F. publicó una monografía que sistematiza la legislación animal chilena y la agrupa en tres fases cronológicas y temáticas: de sanidad animal, de bienestar animal, y de protección animal: MONTES, Macarena. *Derecho Animal en Chile*. Santiago, Chile. Editorial Libromar, 2018. La Universidad Católica del Norte ha realizado tres coloquios sobre derecho animal y ha publicado las ponencias en volúmenes editados por Ediciones Jurídica de Santiago. La presente iniciativa de una revista especializada sobre derecho animal constituye el hito más reciente en iniciativas académicas que consideran el derecho animal y los derechos de animales como categorías con autonomía y contenido suficiente como para ser objeto de análisis sistemático.

Este artículo pretende ofrecer algunos insumos – normativos y teóricos – para enfrentar dicho debate. La segunda sección del artículo (II) presenta algunas cuestiones preliminares sobre la estrategia de constitucionalizar intereses distintos de aquellos que subyacen a los derechos humanos individuales. La tercera sección (III) expone de modo sistemático las opciones disponibles en el derecho comparado (de texto constitucional, legislativo, e hitos jurisprudenciales) para elevar a rango constitucional la protección animal. La cuarta sección (IV) revisa los giros que ha dado el debate académico sobre derechos de animales en la literatura anglo-parlante (donde la cuestión se desarrolló comparativamente con mayor profundidad), como insumo adicional a la inminente discusión constitucional. La quinta sección (V) ofrece una síntesis y conclusiones.

II

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL BIENESTAR ANIMAL: CUESTIONES PRELIMINARES

Ya en 1974, es decir antes de la publicación de la primera monografía sobre ética animal – Liberación Animal de SINGER (1975) – FEINBERG anticipaba que la teoría de los derechos subjetivos eventualmente tendría que enfrentar la pregunta por la titularidad de derechos (que él entendía como *claims*, es decir, como el correlato de obligaciones de otro) de animales – y junto con ello de plantas, especies, cadáveres, personas en estado vegetal, fetos, y generaciones futuras².

Entre nosotros la cuestión ha sido enfrentada como una pregunta sobre la extensión de la titularidad de derechos fundamentales, por ejemplo, en el capítulo correspondiente a dicho tema del reciente manual sobre derechos fundamentales: Teoría general (2017)³, editado por CONTRERAS Y SALGADO. Una sección de dicho capítulo, de autoría de CONTRERAS, explica el reconocimiento constitucional de animales por referencia a hitos normativos y jurisprudenciales de derecho comparado: las constituciones de Ecuador y Bolivia, una norma administrativa de India, y el célebre fallo de la Cámara Federal de Casación Penal de Buenos Aires sobre un *habeas corpus* interpuesto en favor de un orangután. Luego de esta breve revisión, CONTRERAS concluye:

“Estos desarrollos no tienen asidero normativo en el derecho chileno. Tanto la dogmática como la jurisprudencia consideran que la regla de titularidad atribuye derechos a las personas y que su fundamento es la protección de la dignidad

2 FEINBERG, Joel. The Rights of Animals and Unborn Generations. En: BLACKSTONE T., William (ed.). *Philosophy & Environmental Crisis*. Athens, GA. The University of Georgia Press, 1974. p. 43-68.

3 CONTRERAS, Pablo. y SALGADO, Constanza. (eds.). Manual sobre derechos fundamentales. Teoría general, Santiago, Chile. LOM Ediciones. 2017.

humana. Los animales no humanos [...], bajo tales conceptos, no pueden ser considerados titulares de derechos fundamentales. Ello no obsta, sin embargo, a que el ordenamiento jurídico disponga reglas de tutela para estas especies, en tanto objetos de protección. La superación del paradigma antropocéntrico *a nivel constitucional*, requiere de modificaciones normativas y de una nueva fundamentación de la titularidad de derechos fundamentales”⁴.

El análisis de la conclusión pesimista de CONTRERAS depende del concepto de derechos fundamentales que se maneje. Si se refiere a derechos configurados en la Constitución – y así lo sugiere su contraste entre titulares de derechos fundamentales y objetos de protección – está en lo correcto. Si pensamos en una construcción más laxa, donde las categorías de derechos y objetos de protección no son excluyentes, solo por referencia a cierta dogmática y jurisprudencia chilena la afirmación está ya desactualizada.

Esta es la pregunta crucial: ¿hacia dónde debiera avanzar al movimiento animalista chileno? Nosotros creemos que es probable que el movimiento coincida con CONTRERAS, y persiga superar lo que él denomina el paradigma antropocéntrico del derecho constitucional chileno (un sistema de derechos constitucionales centrado en la persona humana), buscando en definitiva modificar la constitución y respaldar esa reforma con argumentos sobre la titularidad de derechos fundamentales de animales. Pero aquí es importante notar algunas particularidades del movimiento animalista.

Como explica EVANS, todo movimiento social enfrenta en algún momento la pugna entre puristas y los que abogan por reformas incrementales⁵. En el animalismo dichas posiciones se conocen como abolicionismo y bienestarismo, respectivamente, y la pugna entre ambas es hoy suficientemente conocida al interior del movimiento y en la literatura académica especializada. Para comprenderla baste aquí una analogía con la regulación de la guerra: supóngase la existencia de dos ideologías que buscan la paz perpetua: la primera, pacifista dispone como medio la prohibición de la guerra

4 Ibid. p. 155-156 (énfasis añadido). Esta es la única referencia a los derechos de animales en este manual colectivo sobre la parte general de los derechos fundamentales. La segunda parte, el manual sobre la “parte especial”, de los mismos editores (también en formato de volumen colectivo), solo se refiere a los animales no humanos a propósito del derecho a vivir en un medio ambiente sano. En el capítulo correspondiente (XXVI), de autoría de Matías Guiloff y Francisca Moya, se mencionan algunos hitos comparados – jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, el texto constitucional de Ecuador, y una ley del Estado de Israel – para concluir, en línea con el análisis de Contreras en el primer volumen, que ningunos de estos desarrollos tienen cabida en el derecho chileno, donde solo los humanos son titulares del derecho a vivir en un medio ambiente sano, pues el fundamento del derecho es la dignidad humana. Véase CONTRERAS, Pablo. y SALGADO, Constanza. (eds.) *Curso de derechos fundamentales*, Valencia. Tirant lo blanch, 2020 (Capítulo XXVI).

5 EVANS, Erin. Constitutional Inclusion of Animal Rights in Germany and Switzerland: How Did Animal Protection Become an Issue of National Importance?, *Society and Animals*. Michigan, EEUU. 2010. 18: 231-250. p. 232.

en todo evento (su manifestación jurídica sería el crimen de agresión); la segunda, iusbelicista, promueve en vez la regulación de la guerra por medio de prohibiciones al exceso bélico (su manifestación jurídica serían los crímenes de guerra). El reclamo que hace el pacifista al iusbelicista es análogo al reclamo que el abolicionista hace al bienestarista, de ingenuidad o de hipocresía: o no alcanza a ver que la regulación de la guerra simplemente la legitima, y por tanto la prolonga indefinidamente, o bien no afirma seriamente lo que dice, no cree genuinamente en la paz perpetua: el abolicionista acusa al bienestarista de no estar genuinamente convencido de la igualdad moral entre humanos y animales, o sea de hipócrita.

EVANS considera que los logros del movimiento animalista en países como Suiza y Alemania – que elevaron a rango constitucional la protección animal en el año 2000 y 2002, respectivamente – se encuentran sub-teorizados, a nivel de teoría social. A pesar de las pugnas internas, la brecha existente entre los activistas y los académicos animalistas, y la relativa marginalización del movimiento animalista, este consiguió constitucionalizar su demanda por mayor protección a los animales. Esto debiera convertirlos en casos de interés para teóricos sociales preocupados de explicar las causas de cambios institucionales⁶. En el caso alemán, la inclusión de una referencia a los animales en la constitución era considerada necesaria por los activistas para reforzar la persecución penal del maltrato animal, pues los derechos constitucionales de humanos (las libertades de creación artística, de profesión, y de investigación) hacían imposible la persecución de muchas formas de explotación animal⁷. La reforma constitucional fue posible por la concurrencia de dos factores: el ascenso al Parlamento, a fines de los noventa, del partido ecologista “Los Verdes” y la formación de una coalición que permitió contar con los votos para aprobar la enmienda⁸, por un lado; y la dictación de una decisión por la Corte Suprema en 2002, que autorizó a un ciudadano musulmán la práctica de un sacrificio animal siguiendo las normas de la ley islámica, por el otro. La decisión, que llegó a ser conocida por el público como el “fallo del sacrificio”, fue estratégicamente invocada por grupos animalistas para despertar sentimientos morales a favor del bienestar animal, en los ciudadanos en general y en los parlamentarios que integraban la coalición ecologista⁹. Para los animalistas, en todo caso, la constitucionalización nunca fue un fin en sí mismo, sino un objetivo instrumental al fortalecimiento de la normativa infra constitucional de protección animal.

6 Ibid. p. 232-235.

7 Ibid. p. 235.

8 Ibid. p. 236.

9 Ibid. p. 237.

Ahora bien, a pesar de que EVANS se refiera a la constitucionalización de derechos animales en su artículo (cuyo título es “La inclusión constitucional de derechos animales”), no debemos confundirnos: las constituciones de Suiza y Alemania (como veremos en la sección siguiente) no reconocen derechos constitucionales a los animales, solo establecen que el bienestar animal es un objetivo del Estado. Lo que ocurre es que en la literatura anglo-parlante la expresión *animal rights* es sinónimo de “derecho (objetivo) animal” o de “regulación animal”. Esta constatación de orden cultural no es trivial para el movimiento animalista chileno, que se encuentra en una disyuntiva similar al movimiento alemán en los noventa: tiene una serie de eventos de maltrato animal con los cuales puede capitalizar para generar apoyo suficiente a favor de incluir a los animales en la próxima constitución (tal como se hizo, concertadamente, con el maltrato del perro Cholito, que sirvió de impulso para darle forma definitiva a la ley de tenencia responsable de mascotas en 2017). Ahora bien, llegar a un proceso constituyente con la propuesta de incorporar derechos nuevos en la constitución implica competir con las demandas análogas que presentarán otros movimientos sociales, probablemente más cohesionados que el movimiento animalista (feministas e indigenistas, por ejemplo). En todos estos casos la propuesta máxima, los derechos constitucionales, enfrentará la máxima resistencia. La misma que ha enfrentado toda propuesta de tematizar problemas sociales y políticos como derechos fundamentales desde el siglo XIX, pero en especial desde fines del siglo XX. Como lo explica KOSKENNIEMI:

“La masiva traducción de ‘intereses’ en ‘derechos’ a fines del siglo XX ocurrió precisamente por la esperanza de que, de esa forma, los intereses se volverían intocables, serían excluidos de la política. Pero ocurre que no hay límites a la extensión de esa traducción, y eso explica que el mundo de la política se saturó de demandas de derechos. [...] Y sin embargo es también obvio que detrás de todo derecho humano (subjetivo) se asoma un derecho ‘objetivo’ que invoca alguna noción de la sociedad buena, en la que la preferencia representada por el derecho se supone debiera florecer. [...] Solo por referencia a esos objetivos y valores más amplios – uno se tienta a decir ‘estructurales’ – es posible marcar una preferencia por algunos derechos (y sus respectivos proyectos institucionales) por sobre otros”¹⁰.

La objeción, entonces, que enfrentarán los animalistas si buscan el objetivo máximo, es que la cuestión animal es un problema social complejo, que por tanto no puede resolverse simplemente entregándoles derechos constitucionales a los animales. Este hecho explica, por un lado, que ningún texto constitucional del mundo haya hecho hasta ahora titulares de derechos a los animales; y en el plano teórico, que

¹⁰ KOSKENNIEMI, Martti. Rights, History, Critique. En: ETINSON, Adam. *Human Rights: Moral or Political?* Oxford. Inglaterra. Oxford University Press. 2018. p. 54-55.

el abolicionismo, que constituyó alguna vez el punto de inflexión en la ética animal al poner los derechos animales como la condición necesaria de toda discusión, hoy ha sido mayoritariamente abandonado. Por ello la sección III que sigue explora alternativas diversas para el reconocimiento constitucional del bienestar animal, mientras que la sección IV da cuenta del papel que jugó el lenguaje de los derechos en la literatura especializada de ética y Derecho Animal, aunque la conclusión de esa historia ya ha sido adelantada en este párrafo.



¿CÓMO PODRÍA REGULARSE AL ANIMAL NO HUMANO A NIVEL CONSTITUCIONAL?

No existe un único camino para incorporar a los animales no humanos dentro del texto constitucional. Las constituciones foráneas tampoco han compartido una receta inequívoca al momento de transitar este camino, nuevo para Chile. Es así como, tras acordar la relevancia del animal no humano y la necesidad de su incorporación en un texto supremo, una eventual deliberación constituyente deberá acordar la mejor forma de efectuar dicha inclusión. Existe una serie de propuestas a considerar, las cuales clasificaremos en: mecanismos de protección fuertes, en la medida en que hacen referencia al animal no humano de forma directa y efectúan un reconocimiento del valor del animal no humano como individuo (con un valor inherente no derrotable); y mecanismos de protección más débiles, que contemplan directrices facultativas de cuidado preservando el estatus de propiedad del animal no humano. En ese orden de ideas, proponemos considerar los siguientes mecanismos: (1) Derechos constitucionales para animales; (2) Acciones constitucionales; (3) Principios y mandatos de protección estatal del bienestar animal; (4) Incorporación de normas de tratados internacionales; (5) Protección indirecta del animal por la vía de la protección constitucional al medioambiente del ser humano u otros derechos humanos; y (6) Otras formas de protección constitucional.

1. DERECHOS CONSTITUCIONALES PARA ANIMALES

Actualmente, no existe ningún texto constitucional que incorpore derechos en favor de los animales no humanos. Son dos las opciones principales que permitirían consagrar estos derechos constitucionales o fundamentales. La primera de ellas consiste en utilizar una noción jurídica que permita derivar como efecto o consecuencia legal la titularidad de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, podría referirse a los animales no humano como personas no humanas, utilizando por supuesto persona ya no como un sinónimo de ser humano, sino que en una concepción legal equivalente a: ente al cual la regulación vigente le atribuye derechos. Esto considerando que la determinación de quién o qué se estima puede configurar una persona – en sentido legal – no es sino el resultado del razonamiento y de la valoración moral de una

sociedad. A este respecto, se ha afirmado que es necesario efectuar una diferencia clara entre la capacidad de actuar moralmente y la capacidad de tener relevancia moral¹¹. Por un lado, solo aquellos seres que posean una capacidad racional serán capaces de actuar moralmente, convirtiéndose en agentes morales; sin embargo, un ser puede tener relevancia moral sin ser necesariamente considerado un agente moral. En efecto,

“[l]as personas morales son pacientes de la comunidad moral. Ahora bien [...] el uso de términos morales como persona tiene una doble función. La primera de ellas, describir una entidad; la segunda, prescribir determinadas consecuencias respecto de la entidad descrita. Reformuladas las funciones en clave interrogatorio el producto es el siguiente: ¿Qué criterios debe satisfacer un determinado ser para contar como una persona? Y ¿Cuáles son las consecuencias asociadas a la condición de ser de una persona?”¹².

Así, el primer obstáculo conceptual que hay que vencer es la errónea noción de que solo las personas humanas pueden ser titulares de derechos. En efecto, Chile proporciona a nivel regulatorio civil derechos a creaciones ficticias llamadas personas jurídicas. El artículo 545 del Código Civil define persona jurídica como una “persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. Aún más, su inciso tercero estipula que hay personas ficticias que son definidas no tanto por las personas naturales que la componen, sino que por los bienes que se afectan para un interés general: las fundaciones. En el sentido opuesto de la reflexión anterior cabe preguntarse si todos los seres humanos poseen y han poseído derechos fundamentales. Una rápida reflexión histórica nos permite concluir que la respuesta es negativa. En efecto, la progresión de los derechos fundamentales da cuenta no solo de las tres generaciones de derechos, sino también de la ampliación del espectro de personas humanas que podían ejercer derechos, empezando por el hombre, blanco, libre y dueño de propiedades, para luego hacer extensiva dicha titularidad a los hombres de otras razas, y luego a la mujer. Actualmente, se atribuyen derechos fundamentales a grupos de personas que poseen como colectividad una identidad diferente a su identidad y existencia individual, reconociéndose derechos que no pueden ser esgrimidos por el individuo, pero sí por el sujeto colectivo.

11 LOEWE, Daniel. Justicia y animales: estatus moral y obligaciones debidas hacia los animales. En: CHIBLE, María José y GALLEGOS, Javier (eds.). *Derecho Animal: Teoría y práctica*. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters. 2018. 466p. p.132-140.

12 MORALES ZUÑIGA, Héctor. Estatus moral y el concepto de persona. En: VERGARA, Fabiola (ed.) *Problemas actuales de la filosofía jurídica*. Santiago, Chile. Editorial Librotecnia. 2015. p. 133.

De esa forma, si bien el catálogo de derechos fundamentales no se vuelve necesario, el reconocer al animal no humano como una 'persona' frente al Derecho, se abre la puerta para modificar a nivel infra constitucional la regulación referida al animal, de forma tal de atribuirle derechos y entregarle legitimación para accionar – por sí mismo, o bien, representado por quien pueda hacerlo – en protección de sus derechos o intereses. Un objetivo similar podría cumplirse con un mandato de protección del animal no humano y su dignidad, o bien, el reconocimiento de que los animales no humanos poseen un valor y dignidad inherente, propuesta que también podría ser interpretada a nivel infra legal para poder consagrar y proteger ciertos derechos en favor de los animales no humanos. Lo anterior, considerando que, para muchos, el vasto catálogo de derechos fundamentales de los seres humanos se encuentra directamente relacionado a la dignidad que todo ser humano posee. En ese sentido, se ha afirmado que “lo que importa [...] es la sensibilidad que opera como otra idea subyacente y que, por lo tanto, da origen a un segundo estatus de alto rango: la dignidad animal [...]. [L]a sensibilidad marca el límite entre quienes quedan fuera y quienes quedan dentro del estatus de dignidad animal”¹³.

La segunda opción consiste en incluir un catálogo de derechos fundamentales-constitucionales en favor de los animales no humanos. Desde ya es importante señalar que, puesto que el accionar de los animales no humanos por sí mismos es imposible, este reconocimiento requiere de la incorporación a nivel infra legal de actores que puedan velar por dichos intereses, en representación de los animales no humanos, accionando pública y privadamente en contra de quienes vulneren dichos derechos. Un ejemplo de esta regulación se observa en la Ley de Tenencia Responsable, la cual le entregó legitimación activa a las organizaciones sociales promotoras de la tenencia responsable para accionar en materia penal cuando observaran conductas constitutivas de maltrato o crueldad contra los animales, en transgresión del artículo 291 bis del Código Penal.

Este catálogo de derechos podría inspirarse en proyectos preparados por organizaciones animalistas internacionales. Actualmente, existen dos declaraciones de derechos animales de relevancia a nivel internacional, sin fuerza normativa alguna, que son habitualmente invocadas en textos especializados y que podrían servir de base para una eventual carta de derechos animales, paralela a la lista de derechos humanos que toda constitución política contempla. La primera es la llamada “Declaración Universal de los Derechos del Animal”, adoptada por la Liga Internacional de los Derechos del Animal en Londres, en 1977, proclamada luego por la UNESCO y la ONU, que considera en su preámbulo que “todo animal posee derechos”; “que el desconocimiento y desprecio de dichos derechos han conducido y siguen conduciendo al hombre a cometer crímenes contra la naturaleza y contra

¹³ PRIETO, Marcela. Dignidad Animal y Dignidad Humana. En: CHIBLE, María José y GALLEGU, Javier (eds.). *Derecho Animal: Teoría y práctica*. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters. 2018. 466p. p. 26.

los animales”; “que el reconocimiento por parte de la especie humana del derecho a la existencia de las otras especies de animales constituye el fundamento de la coexistencia de las especies en el mundo”, y “que el respeto del hombre hacia los animales está ligado al respeto de los hombres entre ellos mismos” . En ese sentido, su texto consta de diez artículos que establecen una protección del animal no humano con principios y derechos generales, los que se ejemplifican en los siguientes: “Todos los animales tienen los mismos derechos a existir en el marco del equilibrio biológico. Esta igualdad no oculta la diversidad de especies e individuos” (Art. 1); “Toda vida animal tiene derecho al respeto” (Art. 2); “Ningún animal debe ser sometido a malos tratos o actos crueles” (Art. 3 N° 1). Lo anterior, sin perjuicio de derechos específicos según el rol que el animal no humano posea en relación al ser humano, en especial, su situación de feralidad en contraste con el rol de animal de compañía¹⁴.

La segunda es la Declaración Universal sobre Bienestar Animal (DUBA), creada por la Sociedad Mundial para la Protección Animal (WSPA), que se enfoca en el bienestar animal y la capacidad de sufrir de los animales no humanos. Declaración apoyada el año 2007 por la OIE, firma por ejemplo que “a) Los humanos tienen una obligación positiva hacia el cuidado y el bienestar de animales; b) Ningún animal debe ser sacrificado innecesariamente o ser expuesto a actos crueles por parte de un ser humano; [...] e) La crueldad hacia cualquier animal debe considerarse como una ofensa seria, reconocida como tal en la legislación a todo nivel y castigable con las multas suficientes para evitar que el infractor actúe de nuevo de la misma manera”.

Una postura diferente ha sido esgrimida por quienes defienden que no sería necesario un catálogo complejo (o completo) de derechos, sino que más bien, el reconocimiento y consagración de ciertos derechos esenciales básicos. Decimos ciertos derechos pues parte de quienes defienden esta postura esgrimen que los animales solo tendrían derechos que puedan gozar directamente, siendo el derecho más básico, el derecho a la vida¹⁵. Así lo afirmó la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, señalando que,

14 Para un recuento histórico de esta Declaración véase NEUMANN, Jean-Marc. The Universal Declaration of Animal Rights or the creation of a new equilibrium between species. *Animal Law*. Michigan, EEUU. 2012.19. p. 91-109.

15 El académico animalista Eze Páez sostiene que la ética animal respalda el reconocimiento de al menos dos derechos fundamentales/constitucionales a los animales: el derecho a la vida y el derecho a la salud. El correlato del primer derecho es la consecuente inconstitucionalidad de todas las normas que permiten matar animales, ya sea para producir alimento, vestimenta, en experimentos, para entretenimiento, o practicando la caza y la pesca. También sirve de fundamento material para la prohibición penal de matar a un animal. En opinión de Páez, este ‘derecho a la vida’ es incompatible con políticas conservacionistas que autorizan dar muerte a animales con el fin de preservar el equilibrio ecológico. El ‘derecho a la salud’ que propone Páez tomaría la forma de un derecho prestacional orientado a evitar la enfermedad, pero en su contribución solo desarrolla la idea de preservación de la salud como medio para evitar la muerte. Véase PÁEZ, Eze. La protección jurídica de la vida de los no humanos. Fundamentación teórica y mecanismos de tutela. En: CHIBLE, María José y GALLEGOS, Javier (eds.). *Derecho Animal: Teoría y práctica*. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters. 2018. 466p. p.132-140.

“[[Los otros seres sintientes también son sujetos de derechos indiscutiblemente. No se trata de darles derechos a los sujetos sintientes no humanos, iguales a los de los humanos, equiparándolos en un todo, para creer que los toros, los loros, los perros o los árboles, etc. tendrán sus propios tribunales, sus propias ferias y festividades, sus juegos olímpicos, o sus universidades; ni que los otros componentes de la naturaleza deban ser titulares de las mismas prerrogativas o garantías de los humanos, sino de reconocerles los correspondientes, los justos y convenientes a su especie, rango o grupo”¹⁶.

Importante es considerar que el derecho a la vida históricamente puede subdividirse en (i) el derecho a mantenerse con vida; (ii) a evitar que terceros, o incluso el mismo titular del derecho, puedan atentar contra la continuidad en el tiempo de la existencia del ser vivo; y (iii) el derecho a vivir dignamente – en el caso de los animales no humanos, el derecho a vivir con bienestar. Este bienestar requiere, por ende, un contenido diferenciado, que puede configurarse tanto constitucionalmente como infra constitucionalmente, y que podría dar pie a su vez, a la consagración de otros derechos, como el derecho a la libertad respecto de los animales ferales o salvajes, el cual ya se encuentra ampliamente judicializado en el exterior. Nuevamente, el riesgo está presente en pretender interpretar estos derechos dotándolos del mismo contenido que estos poseen respecto de un animal humano y sus necesidades; pero esta interpretación no es necesaria. En este sentido, la Corte Suprema de Islamabad, en fallo reciente del 25 de abril de 2020, ha afirmado que,

“Nunca ha sido el caso de aquellos que argumentan en favor de los animales el reconocer que ellos tienen los mismos derechos que aquello que disfrutan los miembros de la especie humana. Ninguna reparación se ha buscado jamás en representación de un animal solicitando su libertad y liberación de un zoológico y, por ende, permitiéndole acceso libre a los espacios públicos destinados para seres humanos”¹⁷.

En efecto, ha quedado ya establecido en favor de los animales no humanos silvestres, mantenidos en cautiverio en contra su voluntad, que su derecho a la libertad debe interpretarse teniendo en consideración que el ser humano es una especie que no solo vulnera su derecho en el sentido más básico, sino también puede intervenir y afectar el espacio en el cual el animal no humano desea ejercer el derecho a la libertad en cuestión. Por ende, los tribunales internacionales han optado por la protección de este derecho

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. Luis Armando Tolosa Villabona. Bogotá, DC, Acción de *Habeas corpus*. (26.07.2017). N° AHC4806-2017.

¹⁷ Corte Suprema de Islamabad, Pakistán. Civil Claim. Islamabad Wildlife Management Board through its Chairman Versus Metropolitan Corporation Islamabad through its Mayor & 4 others. (25 de abril de 2020). WP N° 1155/2019.

a la libertad del animal no humano, en cuanto han ordenado su liberación en un espacio privado, creado y/o mantenido por el ser humano, que cumple con las características propias del ecosistema de origen del animal en cuestión que permitirá un nivel adecuado de bienestar. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Islamabad afirmó:

“¿Tienen los animales derechos legales? La respuesta a esta pregunta, sin duda alguna, es afirmativa. El Diccionario Legal de Black (Sexta Edición) ha definido el ‘Derecho Legal’ como ‘Derechos naturales, existentes como el resultado de un contrato y derechos creados o reconocidos por la ley’. La Edición Undécima define la expresión como ‘un derecho relacionado a reconocido por la ley’. Los derechos humanos son inherentes porque se originan del atributo de ‘estar vivo’. La vida, por ende, es la premisa de la existencia de un derecho. Ya sea derechos humanos o derechos garantizados expresamente bajo una Constitución, todos tienen un nexo con la vida. Un objeto o una cosa sin vida no tiene derechos. Un ser vivo por el otro lado, tiene derechos por el regalo que es la vida. Un animal, sin duda alguna, es un ser sensible (sentiente). Tiene emociones y puede sentir dolor o felicidad. [...] Es un derecho de cada animal, un ser vivo, el vivir en un ambiente que satisfaga sus necesidades conductuales, sociales y fisiológicas”¹⁸.

Al respecto, el académico y abogado FAVRE ha ofrecido una reconstrucción interesante para la protección del derecho a la vida animal, afirmando que el derecho a la vida debe traducirse – en lo que respecta a animales ferales – en un simple postulado que proteja, a lo menos, el derecho a no ser extinguidas o puestas en peligro de extinción como resultado de las actividades y existencia del ser humano¹⁹. Este postulado reconoce la relevancia de la vida del animal no humano en sí misma como, según él señala, la importancia de la continuidad de existencia de una especie, la cual es esencial no solo por los individuos que la componen, sino que por el efecto que la existencia de dicha especie posee para la vida del resto del ecosistema del cual es parte. En ese sentido, propone, por ejemplo, la siguiente modificación constitucional:

(1) Todo animal feral de la clasificación de mamífero, pájaro, anfibio o reptil deberá tener el derecho a una vida natural. Ningún estado podrá confeccionar normas que priven a dichos animales de su vida, libertad o hábitat, sin el debido proceso de la ley.

(2) Cada especie silvestre tendrá el derecho de existir en su hábitat natural. El derecho no podrá ser vulnerado por los Estados Unidos ni por ningún estado [...].²⁰

¹⁸ Corte Suprema de Islamabad, Pakistán. Civil Claim. Islamabad Wildlife Management Board through its Chairman Versus Metropolitan Corporation Islamabad through its Mayor & 4 others. (25 de abril de 2020). WP N° 1155/2019.

¹⁹ FAVRE, David, Wildlife Rights: The ever-widening circle. *Environmental Law*. Michigan State University College. Michigan, EEUU. 1978. p. 242-281.

²⁰ Ibid.

A este respecto, es importante indicar que la Constitución ecuatoriana es única al atribuirle derechos a un individuo que no está conformado ni relacionado con el ser humano. En efecto, esta Constitución establece los denominados Derechos de la naturaleza en su artículo 71 el que establece:

“La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema”.

A la naturaleza además le es reconocido el derecho a la restauración, en el artículo 72:

“Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas”.

Por su parte, el artículo 83 del texto constitucional ecuatoriano reconoce como deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos: “6. Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible”, obligación coherente con la existencia de una entidad que posee un derecho que debe ser respetado.

Los efectos del reconocimiento de derechos constitucionales en favor de los animales no humanos son evidentes. Por un lado, se genera una directriz clara respecto de la regulación infra constitucional, incluyendo la incorporación de actores que puedan accionar en defensa de estos derechos. Las propuestas varían desde la creación de una institucionalidad pública fija destinada a defender estos derechos frente a los diferentes Ministerios, el reconocimiento de una titularidad legal a organizaciones sociales o privadas destinadas estatualmente a efectuar una defensa y protección de los animales no humanos, como la designación de puestos de representación legislativa dedicados solo para dicho fin. Por otro lado, los derechos de esos animales no humanos pasarán a conflictuar en más de algún aspecto con los derechos de los seres humanos, llevando a una ponderación de derechos en igualdad de condiciones. Esto es relevante pues los derechos fundamentales poseen un contenido complejo

y polémico, el cual puede ser afectado hasta cierto nivel en el caso de que exista un conflicto entre dos o más derechos respecto de una misma conducta o situación. En ese sentido, tanto la normativa de inferior rango, como la interpretación judicial que pudiese efectuar un juez vendrá a establecer los límites de aquellos nuevos derechos cuando se resuelvan conflictos entre derechos humanos y derechos de animales no humanos que requieran de la aplicación del citado principio de proporcionalidad. Pareciera ser que esta es la plataforma de igualdad que quienes promueven los derechos de los animales buscan establecer, buscando no una protección absoluta e incuestionable, sino que un espacio que pueda cautelar la existencia continua y con adecuados niveles de bienestar de los animales no humanos respecto de su principal fuente de vulneración: la agencia humana.

2. ACCIONES CONSTITUCIONALES

Un camino ligeramente diferente al previamente planteado se origina reconociendo la titularidad de los animales no humanos para poder interponer, debidamente representados, acciones o recursos constitucionales actualmente existentes en favor del ser humano, sin la necesidad de hacer referencia expresamente a derechos de los animales, o sin configurar un catálogo de derechos, sea cual sea su extensión. En efecto, la jurisprudencia comparada que se ha generado durante la última década pareciera indicar que más que un reconocimiento de derechos sustantivos, un cambio relevante podría originarse en un reconocimiento de derechos formales, a saber, el otorgar legitimación activa a un animal no humano para incoar recursos constitucionales como un recurso de protección, o bien, un recurso de amparo.

Si bien, indirectamente, esta propuesta genera un reconocimiento de derechos – principalmente derecho a la vida y a la libertad – e incluso el reconocimiento a favor de los animales no humanos de una naturaleza jurídica similar a la de persona, no acarrea la carga política relevante de expresar directamente este reconocimiento en el texto constitucional. Aún más: una propuesta de este tipo permite a la judicatura evitar el análisis y la categorización existente en la regulación vigente, abriendo la puerta para razonamientos que propongan una solución tanto a la categoría del animal no humano, como al reconocimiento de sus derechos. Interesantes son las acciones judiciales llevadas adelante, por ejemplo, por la ONG Nonhuman Rights Project ante la Corte Suprema del Estado de Nueva York, las que evidencian los obstáculos legales que los tribunales enfrentan actualmente en el análisis de estas acciones. En efecto, afirma la Corte en el caso del elefante llamado Happy, que este es “más que una cosa legal, o propiedad. Ella es un ser autónomo e inteligente que debería ser tratado con respeto y dignidad, y que podría tener derecho a su libertad”²¹. Sin embargo,

²¹ Corte Suprema de Nueva York. *Habeas corpus*. The Nonhuman Rights Project on behalf of Happy against Brehemy, James J. Juez Allison Y. Tuit. (18.02.2020). Index N° 260441/2019.

afirma la Corte que se encuentra amarrada, tanto por el concepto de persona que fuera definido en la regulación, como por la regla de titularidad procesal que la acción de *habeas corpus* le reconoce solo a la persona humana. Este camino ya fue seguido en su oportunidad, por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal Argentina, en el conocido caso de la orangutana Sandra, reconociendo a Sandra como un sujeto de derechos y “ordenando disponer de los expertos para que ellos elaboren un informe técnico de carácter vinculante relacionado a las condiciones de la orangutana, ordenando igualmente a la ciudad de Buenos Aires garantizar las condiciones adecuadas del hábitat y las actividades requeridas para preservar las habilidades cognitivas de la orangutana”²². La pregunta queda planteada en el caso analizado por la Corte de Apelaciones de Nueva York, advirtiendo el Juez Fahey en su voto de minoría:

“La pregunta tendrá que ser eventualmente solucionada. ¿Puede un animal no humano tener derecho a ser liberado de confinamiento a través de una acción de *habeas corpus*? ¿Debería ese ser vivo ser tratado como una persona o como propiedad, en esencia, una cosa? [...] La mejor perspectiva en mi vista no es preguntarse si un chimpancé encaja en la definición de persona, o si un chimpancé tiene los mismos derechos y obligaciones que un ser humano, sino que, en vez, si es que él o ella tiene el derecho a la libertad protegida por el *habeas corpus*. Esa pregunta, una de estado moral y legal, es la importante aquí. Mas aún, la respuesta a esa pregunta dependerá de nuestra evaluación de la naturaleza intrínseca de los chimpancés como especie. El registro presentado en el marco de la apelación contiene evidencia indiscutida, en la forma de declaraciones juradas de primatólogos eminentes, que los chimpancés tienen habilidades cognitivas avanzadas, incluyendo la capacidad de recordar el pasado y planificar hacia el futuro, las capacidades de autoconciencia y autocontrol, y la habilidad de comunicarse a través de lenguaje de señas. Los chimpancés confeccionan herramientas para capturar insectos; se reconocen a ellos mismos en al espejo, en fotografías y en imágenes de la televisión; se imitan entre ellos; exhibe compasión y depresión cuando un miembro de la comunidad muere; incluso evidencian un sentido del humor. [...] ¿Tiene un animal no humano inteligente, que piensa y planifica y aprecia la vida como ser humano, el derecho a ser protegido por la ley contra crueldades arbitrarias y detenciones forzosas aplicadas a él o a ella? Esta no es solo una pregunta meramente definitoria, sino que un dilema profundo ético y de políticas públicas que exige nuestra atención. Tratar a un chimpancé como si él o ella no tiene derecho a la libertad protegida por el *habeas corpus* es considerar al chimpancé como una entidad que carece

²² CHIBLE, María José. La protección del animal no humano a través del *habeas corpus*. *Derecho y Humanidades*. 2016. Santiago, Chile. 27: 37-67.

de valor independiente, como un mero recurso para uso humano, como una cosa, cuyo valor consiste exclusivamente en su utilidad para otros. En vez, deberíamos considerar si es que un chimpancé es un individuo con un valor inherente que tiene el derecho a ser tratado con respeto [...] He luchado con si esta decisión fue la correcta. Sin perjuicio de participar en la decisión de la Corte de rechazar la apelación ahora, continúo preguntándome si la Corte tenía razón en denegar la acción en primera instancia. La cuestión de si un animal no humano tiene el derecho fundamental a su libertad protegido por la acción de *habeas corpus* es profundo y de largo alcance. Hable de nuestra relación con toda la vida que nos rodea. Finalmente, no podremos ignorarla. Si bien puede resultar discutible que un chimpancé no es una 'persona', no hay duda alguna de que no es solamente una cosa"²³.

Es posible entonces buscar una interpretación de regla de titularidad del *habeas corpus* que permita que tanto la persona humana como el animal no humano puedan obtener la protección de la institucionalidad legal. El artículo 21 de la Constitución chilena dispone:

"Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado".

Un inciso adicional podría incorporarse con este tenor: "Misma acción podrá ser presentada por un individuo en representación de un individuo no humano que se hallare arrestado, detenido o preso, en condiciones o circunstancias que impidieran la adecuada satisfacción de sus necesidades y de su bienestar según su especie", redacción en línea con el espíritu de la Ley N° 20.380 de protección animal, vigente en nuestro país.

Una propuesta de similar tenor puede efectuarse en torno al recurso de protección. Regulado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, su tramitación se encuentra detallada en el Auto Acordado de la Corte Suprema Acta N° 94-2015²⁴. Un inciso adicional podría agregarse que señale que "Este recurso también podrá ser

²³ Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York. Voto concurrente minoritario del Juez Fahey. In the Matter of Nonhuman Rights Project, Inc., on Behalf of Tommy, Appellant, v. Patrick C. Lavery, &c., et al., Respondents. / In the Matter of Nonhuman Rights Project, Inc., on Behalf of Kiko, Appellant, v. Carmen Presti et al., Respondents. (08.05.2018). Moción N° 2018-268.

²⁴ Corte Suprema. Autoacordado Acta N° 94-2015 de la Corte Suprema de 17 de julio de 2015.

interpuesto por una persona en nombre de un animal no humano, que se encontrare arbitraria o ilegalmente, privado, perturbado o amenazado, por acción u omisión, en su legítimo interés en la vida y la libertad. La interposición de este recurso requerirá de la indicación concreta de la medida de reparación o reubicación que se requiere para enmendar el acto u omisión que lo aqueja”, incorporación que permitiría, por la vía de una modificación procesal, incorporar los intereses de los animales no humanos en acciones de rango constitucional que además pueden ser incoadas directamente ante la judicatura.

3. PRINCIPIOS GENERALES Y MANDATO DE PROTECCIÓN ESTATAL

Un tercer camino es la incorporación de un principio general de reconocimiento y/o protección hacia el animal no humano. En efecto, es posible vislumbrar una disposición que indique que los seres vivos sensibles (o sentientes), sin importar su especie, poseen un valor inherente que genera una necesidad de protección; o que la flora y fauna son relevantes para el desarrollo sustentable y sostenible de nuestra sociedad; o que el bienestar animal es uno de los pilares de desarrollo coherente de nuestro modelo. Una disposición de este tipo sienta un principio rector que podrá luego ser utilizado tanto para dictar normativa concreta de rango inferior de protección, para impedir la promulgación de normas legales que pudiesen afectar dicho principio como igualmente restringir su aplicación a través de los caminos de revisión constitucional, e igualmente para interpretar las leyes en ejercicio. Aún más, configurar el bienestar animal como un bien jurídico- constitucional permitiría incluso efectuar ponderaciones entre la protección de dicho bien y el ejercicio de un derecho fundamental individual. Un poco diferente es la redacción de un mandato estatal, en el cual el Estado se compromete a proteger la vida y el bienestar de la flora y fauna de nuestro país. Si bien este formato puede igualmente utilizarse para establecer un paraguas pro-animal en nuestro texto supremo, la principal relevancia de esta redacción pasa por el compromiso de servicio que el Estado asume frente a su ciudadanía.

A este respecto, cabe señalar que la sentiencia o sensibilidad ha sido propuesta como la principal fórmula de protección en favor del animal no humano, en lo que respecta a la idea de principios o mandatos generales. Si bien pareciera ser un avance es necesario indicar que esta noción no modifica de forma alguna su estatus de bien mueble, pudiendo la sentiencia o sensibilidad del animal no humano traducirse meramente en una restricción a las facultades de uso, goce y administración del ser humano respecto de la cosa de la que es dueño²⁵. En efecto, los países que han optado por modificaciones en este sentido, tanto a nivel constitucional como civil, no han

²⁵ CHIBLE, María José, El concepto de sentiencia como propuesta normativa: un concepto vacío. En: GONZALEZ, Israel (ed.). *Discusiones y desafíos en torno al derecho animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago 2018, pp.119-128.

observado mayores cambios en el nivel de protección del animal no humano. ¿Cómo se salva esta situación? Mayores restricciones se lograrán incorporando nociones que nuestra regulación ya posee, que hagan referencia a un bienestar animal, y que van más allá del sufrimiento básico del animal no humano, incorporando nociones de conciencia con una frase muy sencilla: “las necesidades de cada animal según su especie”. Claros tenemos que ser, sin embargo, en cuanto a que una regulación de este tipo no asegura ni promete una modificación infra constitucional respecto del estatus del animal no humano.

Algunos países extranjeros han seguido este camino. La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania vigente, señala en su artículo 20(a): “El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial”²⁶. Entrando en vigor el 23 de mayo de 1949, y con una última modificación que data el 28 de marzo de 2019, “esta Ley Fundamental fue originalmente considerada una constitución provisoria, pero desde entonces han pasado 60 años; por tanto, lo que fue concebido como una solución temporal a los problemas de la época ha evolucionado de tal manera que hoy es considerada la constitución más liberal, exitosa y estable de la historia alemana”²⁷. La Constitución Egipcia en su artículo 45 afirma que “El Estado se compromete a proteger sus mareas, playas, lagos, pasajes de agua, aguas subterráneas y reservas naturales. Se prohíbe invadir, contaminar o usarlas de forma contraria a su naturaleza. Cada ciudadano tendrá el derecho de disfrutarlas de la forma regulada por la ley. El Estado también se compromete a la protección y desarrollo del espacio verde en áreas urbanas, la protección de las plantas, ganados y peces; la protección de las especies en peligro; y la prevención de la crueldad hacia los animales”²⁸. En el caso francés, si bien la Constitución Francesa no hace referencia alguna a los animales no humanos o su protección, la Carta del Medio Ambiente incluye un preámbulo cuya redacción podría revisarse. Dice: “[...] [L]a diversidad biológica, el desarrollo de la personalidad y el progreso de las sociedades humanas se ven afectados por ciertos modos de consumo o producción y por la explotación excesiva de los recursos naturales. [...] [L]a preservación del medio ambiente debe perseguirse al igual que los demás intereses fundamentales de la Nación. [...] [C]on el fin de garantizar un desarrollo sostenible, las opciones adoptadas para responder a las necesidades

²⁶ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, Alemania, 23 de mayo de 1949, Última modificación, 28 de marzo de 2019.

²⁷ UNGER, Mark. Sesenta años de la ley fundamental alemana – de un provisorio con una larga vida. *Estudios Constitucionales*. Santiago, Chile. 2009. 2(7): 301-316.

²⁸ Constitución de Egipto, Egipto. (18.01.2014).

del presente no deben comprometer la capacidad de las generaciones futuras y de los demás pueblos para satisfacer sus propias necesidades”²⁹. La Constitución Serbia, por su parte, afirma en su artículo 97 N° 9 que la República de Serbia deberá organizarse y proporcionar: “N° 9. Un desarrollo sustentable; un sistema de protección y desarrollo medioambiental; la protección y mejora de la flora y de la fauna; [...]”³⁰. Por otro lado, Austria y Eslovenia otorgan mandatos constitucionales de regulación en torno a la protección animal. En efecto, Austria, menciona en la Constitución Federal de 1920, en su artículo 11, como parte de las materias de regulación federal, la protección animal³¹. Igual afirmación efectúa la Constitución Suiza, indicando en su artículo 80 que “La legislación sobre la protección de los animales es competencia de la Confederación”³². La Constitución de Eslovenia en su artículo 72 consagra el derecho a un medioambiente de vida saludable, señalando luego que “La protección de los animales de la crueldad se regulará por ley”³³. Si bien puede afirmarse que es relevante que un mandato de regulación exista a nivel constitucional, es claro que su alcance de protección es débil respecto de la instrucción de reforzar el contenido de protección a nivel inferior.

En el contexto latinoamericano, Brasil otorga expresamente en su artículo 225 N° VII, del párrafo primero, el mandato gubernamental de “proteger la fauna y la flora, con la prohibición, en la forma descrita por la ley, de las prácticas que representen un riesgo a su función ecológica, causen la extinción de especies o sometan a los animales a la crueldad”, texto incorporado en la modificación constitucional efectuada el año 2016, publicada el 5 de octubre de 2017³⁴. De igual forma, el artículo 23 en su N° VII, entrega el poder a la Unión, los Estados, el Distrito Federal y las Municipalidades de “preservar los bosques, la fauna y la flora”. El que existan normas como las citadas en un mismo texto constitucional nos permite observar la relevancia en que se haga referencia a la fauna, como conjunto de animales vivos, a las especies, también como un conjunto, para luego referirse expresamente a los animales como individuos. Esta mención otorga argumentos para poder generar una defensa a situaciones de maltrato animal en contra de animales específicos en el marco de controles medioambientales que podrían, por ejemplo, buscar dañar una especie en pos de la conservación de otra.

²⁹ Constitución de Francia, Francia. (4.10.1958), actualizada 23 de julio de 2008.

³⁰ Constitución de la República de Serbia, Serbia. (8.11.2006).

³¹ Constitución Federal de Austria, Austria. (30.12.2004). Traducción libre efectuada por la autora.

³² Constitución Federal de la Confederación Suiza, Suiza. (18.04.1999).

³³ Constitución de la República de Eslovenia, Eslovenia. (31.05.2013).

³⁴ Constitución de la República Federal de Brasil, Brasil. (5.10.1988), con enmiendas de los años de 1992 y 1994.

Finalmente, resulta útil revisar el contenido de tratados internacionales y la manera en que han incorporado los principios o el mandato de protección de los animales no humanos como principios rectores. En efecto, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea es emblemático al señalar en su artículo 13 que:

“Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional”³⁵.

En línea con lo anterior, el Convenio Europeo para la Protección de los Animales de Compañía establece como directriz considerativa inicial “que el hombre tiene la obligación moral de respetar a todas las criaturas vivas”³⁶.

4. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL E INCORPORACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES

Los tratados internacionales pueden ser una fuente de obligaciones relevante al momento de incorporar obligaciones o compromisos que puedan otorgar protección a los animales no humanos. El segundo inciso del artículo 5° de la Constitución chilena ha permitido incorporar un complejo conjunto de obligaciones y directrices en diversas materias de alta relevancia para los derechos fundamentales de las personas, como, asimismo, en incorporar directrices en nuestra regulación de rango infra constitucional relacionada a la protección animal. En efecto, Chile ha ratificado convenios como la Convención sobre el “Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre” (CITES), suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1974, el Convenio sobre Diversidad Biológica, el Convenio Internacional para la Regulación de la Caza de la Ballena, la Convención sobre la Conservación de Focas Antárticas, el Convenio sobre la Conservación de Especies Migratorias de Fauna Silvestre, entre otros, los que han sido luego incorporados en las normas legales vigentes en el país.

Junto con el compromiso inicial de respetar y promover los tratados internacionales, es posible incorporar limitaciones o directrices en cuanto al contenido de dichos tratados. Es así como, por ejemplo, Bolivia ha incorporado el siguiente texto en su artículo 255: “II. La negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales se regirá por los principios de: 7. Armonía con la naturaleza, defensa de la biodiversidad,

³⁵ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Unión Europea. (30.03.2010).

³⁶ Convenio Europeo para la Protección de Animales de Compañía, Estrasburgo. (13.11.1987).

y prohibición de formas de apropiación privada para el uso y explotación exclusiva de plantas, animales, microorganismos y cualquier materia viva”³⁷.

5. DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL SER HUMANO COMO UNA FORMA DE PROTECCIÓN DEL ANIMAL NO HUMANO

En materia de regulación de protección de los animales no humanos, se ha vuelto común considerar que estos pueden ser incorporados dentro de los derechos fundamentales de las personas humanas, ya sea de forma independiente, o como parte del derecho de toda persona humana al medioambiente. Así, por ejemplo, la Constitución española indica en su artículo 45 que:

“1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”³⁸.

La Constitución ecuatoriana, por otro lado, establece “el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumakkawsay*”. Lo anterior, tras declarar en su preámbulo que ha decidido construir “[u]na nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”³⁹. En línea con lo anterior, surge como ejemplo importante de lo que es un conjunto de disposiciones enfocadas en el medioambiente, la Constitución boliviana. En este tipo de regulación la protección hacia el animal como individuo, con características de sentiencia o sensibilidad, desaparece, siendo reemplazado por una protección medioambiental general que busca mantener un equilibrio. En su artículo 9, destaca como fines y funciones esenciales del Estado, el N° 6: “Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras”⁴⁰. No siendo lo anterior suficiente, el capítulo séptimo de dicha constitución regula la “Biodiversidad, Coca, Áreas protegidas y Recursos Forestales”. En efecto, el artículo 381 señala en su numeral I que “Son patrimonio natural las especies nativas

³⁷ Constitución Política del Estado de Bolivia, Bolivia. (07.02.2009)

³⁸ Constitución Española, España, 6 de diciembre de 1978.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

de origen animal y vegetal. El Estado establecerá las medidas necesarias para su conservación, aprovechamiento y desarrollo”⁴¹. Adicionalmente, se reconoce un derecho general para todas las personas a “tener un derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente”⁴². Este derecho viene unido de una legitimación activa para accionar en protección de ese derecho. En efecto, se reconoce que “Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente”⁴³.

La Constitución de Uruguay, por su parte, establece en el artículo 47 que “La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores”⁴⁴. La Constitución de Luxemburgo sigue esta línea, afirmando en su artículo 11 bis que “El Estado garantiza la protección del medio ambiente humano y natural, trabajando por el establecimiento de un equilibrio duradero entre la conservación de la naturaleza, en particular su capacidad de renovación, y la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras”⁴⁵.

¿Cómo se defiende una regulación de este tipo en miras a una protección animal efectiva? Pues bien, se ha señalado que el reconocimiento y la protección del medioambiente puede llevar a la creación de normas infra legales que de forma más efectiva y concreta protejan al animal no humano. El caso colombiano ha sido vastamente estudiado, y la evolución de su jurisprudencia en materia de protección animal sigue siendo de interés. En efecto, con una normativa constitucional que no hace referencia a la protección animal, sino que busca proteger un medioambiente sano, y la publicación de la Ley N° 1774 el año 2016, que, junto con modificar el Código Civil y el Código Penal en materia de regulación animal no humana, sentó los principios de protección al animal, bienestar animal y solidaridad social, la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia decidió conceder el recurso de

⁴¹ Ibid.

⁴² Constitución Política del Estado de Bolivia, Bolivia. (07.02.2009).

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Constitución de la República de Uruguay, Uruguay, 1967, con la última modificación del 31 de octubre de 2004.

⁴⁵ Constitución de Luxemburgo, Luxemburgo, (17.10.1868), versión de 12 de mayo de 2020.

habeas corpus en favor del Oso “Chucho”, otorgándole el derecho a ser reubicado a un establecimiento especial. Es con la aplicación del principio de solidaridad social, consagrado en el artículo 3 de la Ley N° 1774, letra c), el cual señala que “El Estado, la sociedad y sus miembros tienen la obligación de asistir y proteger a los animales con acciones diligentes ante situaciones que pongan en peligro su vida, su salud o su integridad física”, que el Tribunal se permite un razonamiento que enlace el medioambiente con el reconocimiento del animal no humano y su protección. En efecto, la magistrada sostiene que,

“El replanteamiento ético jurídico como sustancia de la nueva concepción jurídica se funda en un definido respeto y solidaridad que supera el ámbito personal e individualista para ver, pensar y actuar desde la comprensión del otro, de la tierra, de la naturaleza y de lo planetario en pro de la supervivencia humana; no por un universalismo insensato de los derechos humanos en el tiempo y en el espacio. El hombre actual no puede conservar la naturaleza sin ejecutar un giro radical en el concepto: hombre como único sujeto vs la naturaleza objeto ideal y materia de utilidad, de satisfacción de intereses egoístas, de eficacia y transformación por medio de la conducta y en el trabajo humanos, y, por tanto, objeto del derecho en cuanto se somete a su aprovechamiento indiscriminado. El cambio ha de dar paso a una construcción activa de una mentalidad desde la familia, desde la escuela y la academia de la noción de naturaleza-sujeto, para interpretar el universo con una nueva teoría y práctica social de la relación hombre-naturaleza que con rigor la respeta y la hace resiliente, para en lugar de destruirla bárbaramente conservarla como hábitat natural para la supervivencia”⁴⁶.

La dificultad de confiar en este largo y complejo nexo lo evidencia, sin embargo, el mismo caso de Chucho, en el cual se revocó luego la sentencia que concedía su acción de *habeas corpus*, negándosele la libertad previamente otorgada. El nivel de protección depende, por tanto, no solo de la confección de una norma infra legal que proteja a los animales no humanos, y que además vincule dicha protección con el contenido medioambiental, sino también de la interpretación judicial efectuada en el caso concreto en que se invoque la norma en cuestión.

Una interpretación coherente y extensiva del derecho al medioambiente permitiría incorporar la protección de los animales de forma directa como parte de aquel

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. Luis Armando Tolosa Villabona. Bogotá, DC, Acción de *Habeas corpus*. (26 de Julio de 2017). N° AHC4806-2017. Sobre *habeas corpus* en favor de animales en Colombia véase GONZALEZ, Israel. Animales no humanos como sujetos ante el derecho y limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales: algunos desafíos a propósito de la jurisprudencia reciente. En: GONZALEZ, Israel. *Discusiones y desafíos en torno al derecho animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. p. 45-73; BAQUERO, Javier. La libertad para “Chucho”, el oso andino de anteojos. *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*. Barcelona, España. 2018. 1(9):93-102

derecho en aquellos textos constitucionales que no incorporan ni incorporarán referencias a los animales no humanos⁴⁷. En efecto, por referencia a la Constitución Argentina (1994), se ha sostenido que,

“[En la constitución] los animales se entienden incluidos dentro del concepto de medio ambiente, así como dentro del concepto de patrimonio natural y evidentemente dentro del concepto de diversidad biológica. A pesar de que cuando hablamos del derecho a un ambiente sano, estemos hablando de un derecho que está en la cabeza de los seres humanos, es gracias a la efectiva protección de dicho derecho donde se establece una protección hacia los animales, como elemento del medio ambiente, probablemente no desde un punto de vista individual, pero sí desde una perspectiva de especie y del ecosistema, para el disfrute del mismo por las generaciones futuras”⁴⁸.

No son pocos quienes sostienen que es posible proteger de forma efectiva a los animales no humanos con una protección indirecta mediante un derecho reconocido a la persona humana, ya sea este el medioambiente como el derecho a la vida y a la salud del ser humano. En efecto, el reciente fallo dictado por la Corte Suprema de Islamabad, el cual declara que el Zoológico de Marghazar no cumplía con las

⁴⁷ Este es el caso de la mayoría de los textos constitucionales actuales. Por ejemplo, Holanda, dispone en el artículo 21 de su texto constitucional, que “Será de competencia de las autoridades el mantener el país habitable y proteger y mejorar el medioambiente”; Suecia, cuyo artículo 2 inciso tercero dispone que “Las instituciones públicas promoverán un desarrollo sustentable que se oriente a un buen ambiente para las generaciones presentes y futuras”; Ecuador, cuyo artículo 14 reconoce “el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*”, el cual luego es reforzado por los derechos de libertad enumerados en el artículo 66 de la Constitución ecuatoriana, cuyo N° 27 consagra “el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza”; Colombia, cuyo artículo 79 afirma que “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”; Paraguay, cuyo artículo 7 otorga a “Toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental pertinente”; México, cuyo artículo 4to inciso 4to afirma que “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”; o Cuba, cuyo artículo 90 informa que “El ejercicio de los derechos y libertades previstos en esta Constitución implican responsabilidades. Son deberes de los ciudadanos cubanos, además de los otros establecidos en esta Constitución y las leyes: “j) proteger los recursos naturales, la flora y la fauna y velar por la conservación de un medio ambiente sano”.

⁴⁸ CONTRERAS, Carlos. *Régimen jurídico de los animales en Chile, Colombia y Argentina*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2016. 331 p. 290.

condiciones legalmente exigidas para que los animales no humanos se mantuvieran en una situación de captividad acorde a los estándares de bienestar acordados, y ordenando su reubicación, analizando el contenido del derecho a la vida de las personas humanas bajo el artículo 9º de la Constitución, afirma dentro de sus considerandos lo siguiente:

“La existencia de la especie humana en este planeta depende de otros organismos vivos como lo son las plantas y los animales. La civilización y su destrucción del hábitat, ecosistema y obliteración de las especies ha amenazado la biodiversidad del planeta. Las Naciones Unidas han advertido que si la fauna silvestre no es protegida entonces su extinción expondrá a la raza humana al riesgo de enfrentarse a la extinción. La vida silvestre es el pilar más esencial de un ecosistema saludable. La amenaza del cambio climático y su consiguiente devastación y consecuencias para la raza humana solo pueden ser evitadas si la degradación medioambiental y el daño a los ecosistemas y a la biodiversidad puede ser detenido. La protección y la preservación de las especies silvestres es una condición previa para hacer frente al desafío que se origina del daño de los ecosistemas y de la degradación del medioambiente. El bienestar, bienvivir y sobrevivencia de las especies animales es el principio base para la sobrevivencia de la raza humana en este planeta. Sin las especies silvestres no habría vida humana en este planeta. Es, por ende, evidente, obvio que el abandono del bienestar y bienvivir de las especies animales, o de cualquier trato de un animal que lo someta a daño o sufrimiento innecesario, tiene consecuencias en el derecho de vida de los seres humanos garantizado bajo el artículo 9 de la Constitución. La Constitución de la República Islámica de Pakistán, 1973, garantiza el derecho a la vida de toda persona. El derecho a la vida es el más fundamental de los derechos humanos”⁴⁹.

Las objeciones a este tipo de redacción, sin embargo, son fáciles de anticipar. Por un lado, no se reconoce derechamente el interés de los animales no humanos, menos algún derecho directo a ser protegidos o mantenidos sobre ciertos estándares de bienestar. Segundo, y aún más relevante, nuevamente quedamos sujetos a la eventual interpretación que un juez concreto pueda efectuar ante un análisis específico de la norma.

⁴⁹ Corte Suprema de Islamabad, Pakistán. Civil Claim. Islamabad Wildlife Management Board through its Chairman Versus Metropolitan Corporation Islamabad through its Mayor & 4 others. (25 de abril de 2020). WP N° 1155/2019.

5.1. Otros derechos humanos extendidos a los animales

La jurisprudencia ha ofrecido interpretaciones constitucionales que han intentado hacer extensivos a los animales no humanos los derechos fundamentales ya otorgados en la constitución (a los humanos). Por ejemplo, la Constitución India reconoce en su artículo 21 el derecho a la vida, afirmando que “Ninguna persona podrá ser privada de su vida o de su libertad personal, exceptuando los procedimientos legales establecidos por la ley”. Dicha norma fue invocada como parte del razonamiento de la Corte Suprema de la India, la cual, resolviendo la apelación civil en la discusión de bienestar animal de las prácticas de Jallikattu y otras formas de carreras de toro, sostuvo que eran contrarias a la regulación legal de dicho país. El Tribunal afirmó:

“Toda especie posee un derecho a la vida y a la seguridad, sujetos a la ley de la tierra, la que incluye el privar de su vida, más allá de la necesidad humana. El artículo 21 la Constitución, mientras resguarda los derechos de los humanos, protege la vida, y a la palabra ‘vida’ se le ha otorgado una definición expansiva y cualquier disturbio del ambiente básico que incluye todas las formas de la vida, incluida la vida animal, que son necesarias para la vida humana, caen dentro del significado del artículo 21 la Constitución. Hasta ahora, en lo que respecta a los animales, en nuestra opinión, ‘vida’ significa mucho más que una mera existencia o sobrevivencia o valor instrumental para los seres humanos, sino que el llevar adelante una vida con algún valor intrínseco, honor y dignidad. El bienestar de los animales ha sido reconocido en nuestra regulación [...] Jallikattu y otras formas de carreras de toros, como diferentes reportes lo indican, causan considerable dolor y daño en los toros. Los toros en aquellos eventos no solo mueven sus cabezas demostrando que no quieren entrar en la arena, sino que, mientras dolor se les causa [...] no tienen otra opción que huir de una situación que les es adversa. Los toros en esa situación están estresados, exhaustos, dañados y humillados”⁵⁰.

No solo pareciera enlazarse la vida y bienestar del animal no humano – en este caso, de los toros – al derecho fundamental del ser humano, sino que se observa un intento de ampliar el concepto de vida y, como se indica, reconocer por aplicación del mismo artículo 21 de la Constitución, el derecho a la vida de dichos animales. Las discusiones han sido innumerables en este sentido por quienes afirman que,

“una interpretación de derechos basada en la regulación de bienestar animal está equivocada. Esto se debe fundamentalmente a que se ha considerado de forma consistente en las Cortes que el artículo 21 de la Constitución de la India

⁵⁰ Corte Suprema de India. Apelación: Civil Animal Welfare Board of India versus A. Nagaraja & Ors. (07.05.2014). N° 5387 OF. 2014.

es una fuente de protección de los derechos humanos y de la dignidad humana. Con la protección de la vida del animal no humano a través del artículo 21, la Corte Suprema ha desafiado nociones originales de quienes son los poseedores de este derecho”⁵¹.

Por otro lado, y en la misma línea, una propuesta que se tome en serio la idea de especismo como forma de discriminación arbitraria, asimilable e igualmente condenable que el racismo y sexismo, extendería también el alcance del artículo 19 N°2 vigente de la Constitución Chilena, por ejemplo, – al menos la cláusula de prohibición de discriminación arbitraria (“Ni la ley ni autoridad podrán establecer diferencias arbitrarias”) – a la discriminación entre especies. Por cierto, esto se podría lograr interpretando la cláusula extensivamente, pero incluir en la norma constitucional que consagra el derecho general a la igualdad una referencia expresa a la igualdad de seres sintientes parece una estrategia limpia para hacer extensivos todos los derechos que puedan en términos prácticos reconocerse a animales, sin que sea necesario estipularlos de modo explícito en el catálogo de derechos o en un catálogo paralelo para animales.

Una consecuencia en el orden legal de un cambio constitucional de esta naturaleza se manifestaría en el mandato para establecer la sentiencia como categoría sospechosa en el catálogo del artículo 2° la ley 20.609 que Establece Medidas Contra la Discriminación, que en su versión actual contempla 19 categorías, referidas a rasgos humanos (raza o etnia, nacionalidad, situación socioeconómica, idioma, ideología u opinión política, religión o creencia, sindicación o participación en organizaciones gremiales, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, orientación sexual, identidad y expresión de género, estado civil, edad, filiación, apariencia personal y enfermedad o discapacidad).

5.2. Deberes de las personas para con animales

Relacionada a la discusión de los derechos se encuentra siempre la existencia de deberes. Es en el reconocimiento de deberes como restricciones o limitaciones a los derechos de los ciudadanos que es posible incorporar también ámbitos de protección para el animal no humano. Lo anterior, considerando que dichos seres vivos finalmente se encuentran sujetos al señorío del ser humano en términos de las normas que regulan la propiedad, pudiendo su dueño, tenedor y/o poseedor disponer de ellos en base a las reglas generales. Las restricciones existentes al ejercicio de las facultades del dominio se encuentran en la regulación infra legal en el delito de maltrato y crueldad con animales regulado en el artículo 291 bis del Código Penal, en

51 THERESE MATHEW, Jessamine y CHADRA-SRIDHAR, Ira. Granting Animals rights under the constitution: a misplaced approach? *NUJS Law Review* West Bengal, India.2014. (7):349-372. p. 349.

la Ley N° 20.380 de Protección Animal y en la Ley N° 21.020 de tenencia responsable, todas las cuales vienen a establecer limitaciones a la forma de administrar y manejar ese bien que pasa a ser el animal no humano. Ahora bien, es posible incorporar dichas restricciones a nivel constitucional, tal como lo efectúan textos constitucionales extranjeros. En efecto, como ejemplo, la Constitución India regula en su artículo 51(A) los deberes de todos los ciudadanos de la India, incorporando en su letra (g) el deber de “proteger y mejorar el ambiente natural, incluyendo los bosques, lagos, ríos y la vida silvestre, y tener compasión hacia los seres vivos”⁵².

6. OTRAS FORMAS DE REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

Otro camino para incorporar normas de protección de los animales no humanos a nivel constitucional se encuentra en la regulación orgánica de la Constitución. En efecto, fácil es advertir que el grueso del texto constitucional vigente de nuestro país efectúa una regulación funcional de órganos de la Administración pública, sus facultades y deberes, entre otros aspectos de la misma. Pues bien, ¿Por qué no incluir en los órganos ya existentes un mandato de protección hacia los animales no humanos? Así, por ejemplo, podría incorporarse directamente dentro de las funciones de las autoridades administrativas, la “promoción del bienestar y protección animal dentro de su territorio”. Este mandato también puede ser replicado en las funciones otorgadas a órganos de seguridad y orden, como lo es Carabineros, quien no solo debe velar por el cumplimiento de normas como el artículo 291 bis del Código Penal, sino que es una institución que en sí misma posee y utiliza animales no humanos dentro del ejercicio de sus funciones.

Adicionalmente, crear un órgano de protección también es una opción por revisar. En el caso chileno, la regulación nacional podría incorporar tribunales agroambientales, cuya competencia sea la solución de conflictos medioambientales que pongan en riesgo el bienestar y existencia de ciertas especies; la existencia de un órgano judicial persecutor de daños a los animales no humanos; o bien un servicio de biodiversidad que permita dividir las facultades y responsabilidades del Servicio Agrícola Ganadero (“SAG”). Lo anterior, considerando que “todo parece indicar que las decisiones del Ministerio de Agricultura a través del SAG [...] suelen subordinarse a intereses de industrias determinadas [...] aun cuando el conocimiento científico (ecológico) generado sobre la materia sea insuficiente para sustentar dichas decisiones”⁵³. En materia de regulación extranjera, la carta fundamental Boliviana incorpora en su

⁵² Constitución de India, India. (01.12.2007).

⁵³ GUTIERREZ, Jimena y TRUJILLO, Florencia. Fauna Silvestre en Chile y Competencias del Servicio Agrícola Ganadero (SAG): Juicio Crítico sobre el diseño institucional actual. En: CHIBLE, María José y GALLEGOS, Javier (eds.). *Derecho Animal: Teoría y práctica*. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters. 2018. 466p. p. 373-404.

artículo 189 un tribunal agroambiental dedicado a conocer: “demandas sobre actos que atenten contra la fauna, la flora, el agua y el medio ambiente; y demandas sobre prácticas que pongan en peligro el sistema ecológico y la conservación de especies o animales”.

Además de la regulación orgánica, siempre es factible incorporar directrices de protección para el animal no humano en áreas específicas de regulación, como lo serían el tránsito, el desarrollo industrial, el manejo de la propiedad, entre otros. Los ejemplos comparados son vastos. En materia de desarrollo urbano compatible con la protección de parques y ecosistemas naturales, la Constitución Federal Suiza regula el Tránsito Alpino, estableciendo en el artículo 84: “La Confederación protegerá las regiones alpinas contra los efectos negativos del tráfico que las atraviesa. Limitará las molestias de este tráfico con el fin de que no sean dañinas ni para los seres humanos, animales, o plantas, ni para sus espacios vitales”⁵⁴. En materia de uso de material genético, la Constitución Federal Suiza afirma en su artículo 120: “La Confederación deberá legislar sobre el uso de material reproductivo y genético de animales, plantas y otros organismos. Al hacerlo, tendrá en cuenta la dignidad de los seres vivos, así como la seguridad de los seres humanos, los animales y el medio ambiente, y protegerá la diversidad genética de las especies animales y vegetales”⁵⁵. Finalmente, la regulación sueca proporciona una regulación muy interesante en materia de libertad de expresión y protección del animal no humano. En efecto, el Riksdag Act garantiza la libertad de expresión de manera pormenorizada, en el marco del cual se establece en el capítulo cinco, que el retrato de violencia donde una persona represente en imágenes movientes actos de violencia grotescos en contra de personas o animales, como igualmente su difusión, serán considerados ofensas contra la libertad de expresión⁵⁶. De la misma forma, el artículo 2º de dicha norma, indica que el acceso a documentación oficial puede restringirse por diversas razones, una de las cuales es la preservación de especies de plantas o animales. Finalmente, resultaría también ilustrador revisar la redacción de convenios especializados. Así, por ejemplo, el “Convenio para la Protección de los Animales en Explotaciones Ganaderas de Estrasburgo” afirma que, respecto de los animales, se les proporcionará “alojamiento, alimentación, agua y cuidados que –habida cuenta de su especie y su nivel de desarrollo, adaptación y domesticación– estén en consonancia con sus necesidades fisiológicas y etológicas, conforme a la experiencia adquirida y los conocimientos científicos pertinentes”⁵⁷.

⁵⁴ Constitución Federal de la Confederación Suiza, Suiza (18.04.1999).

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Constitución de Suecia, las Leyes Fundamentales y el *Riksdag Act*. Suecia, 2016.

⁵⁷ Convenio Europeo de protección de los animales en explotaciones ganaderas, Estrasburgo. (10.03.1976).

En esta línea, el desarrollo de la industria agrícola, forestal y minera Chilena, las ya históricas disputas de conservación ambiental y protección de fauna que se han generado en nuestro país frente a entes tanto privados como estatales, y la importancia del turismo en Chile y de la preservación de parques naturales y ecosistemas a lo largo del territorio, permiten concluir que una redacción en línea con la Constitución ecuatoriana y la redacción Suiza es no solo recomendable, sino que va en línea con el desarrollo industrial y energético que nuestro país busca promover. En efecto, una Constitución que establezca como elementos de ponderación y equilibrio la protección del medioambiente, de los ecosistemas naturales y de los animales no humanos, se vuelve cada vez más necesario para un desarrollo sustentable. Adicionalmente, la dificultosa convivencia de los animales no humanos en áreas protegidas atravesadas por carreteras o caminos convierte la redacción suiza de tránsito alpino una de especial interés para nuestras regiones sureñas. Junto con lo anterior, parece ser ésta una oportunidad inigualable para dejar sentado el compromiso que nuestro país ha mantenido y demostrado a nivel internacional con la conservación de las especies marinas ante la Comisión Ballenera Internacional, reflejada en la Ley N° 20.293 que prohíbe la caza de cetáceos. En efecto, una protección constitucional que declare la protección del mar, los ecosistemas marinos y su fauna y flora, se vuelve cada vez más necesaria para un país que obtiene recursos primarios como servicios complejos de esos ecosistemas. Estas son algunas de las ideas que una Constitución podría desarrollar en la línea de la protección del animal no humano.

IV

EL ANIMALISMO Y SU APROPIACIÓN DEL LENGUAJE DE LOS DERECHOS

En las sociedades industrializadas del hemisferio norte, el animalismo, en tanto movimiento político y social, se apropió tempranamente del lenguaje de los derechos para avanzar una agenda activista conducente a la liberación paulatina de animales sujetos a explotación. TANNENBAUM sostiene que el surgimiento de este subsistema normativo jurídico preocupado por el bienestar animal – un derecho animal – es de hecho co-originario con la idea de que los animales son, o pueden ser, titulares de derechos fundamentales-individuales. Históricamente, la emergencia de esta rama del derecho, al menos en el discurso de abogados activistas, se sitúa en la década de los setenta, y recibe ímpetu académico con la publicación, en 1975, de *Animal Liberation* de SINGER⁵⁸. Según algunas reconstrucciones históricas del derecho animal de las que dispone TANNENBAUM⁵⁹, el consenso sería dividir dos oleadas: en la primera la

⁵⁸ TANNENBAUM, Jerrold. What is Animal Law?, *Cleveland State Law Review*. 2013. 61:896-897.

⁵⁹ Ibid. nota 53.

monografía de SINGER motivaría el surgimiento de abogados animalistas en la década de los ochenta. La segunda oleada, que el consenso sitúa en la década de los 2000, se caracterizaría por la recepción académica de la disciplina, y la publicación de manuales y artículos sobre derecho animal, además de la proliferación de asignaturas especializadas en facultades de derecho⁶⁰.

TANNENBAUM contrasta esta aproximación centrada-en-derechos al derecho animal, con una aproximación que denomina descriptiva. Bajo esta segunda descripción, cualquier norma o conjunto de normas que regulan al animal, aun cuando no se le atribuyan derechos fundamentales, cuenta como derecho animal. Esta segunda aproximación al derecho animal surgiría de abogados interesados en la regulación animal pero no necesariamente simpatizantes con el discurso de los derechos⁶¹. El contraste que ofrece TANNENBAUM tiene, en todo caso, un propósito crítico: para la definición descriptiva cualquier cosa cuenta como derecho animal, y para la definición centrada-en-derechos el derecho animal depende de una promesa imposible: que el reconocimiento de derechos fundamentales para animales implicará un cambio (progresivo o radical) de su estatus de propiedad:

“Nuestro sistema jurídico [...] nunca clasificará a los animales como personas, ni hará de la propiedad sobre ellos algo equivalente a la esclavitud, ni al acto de darles muerte algo equivalente a un homicidio. [...] En suma, nunca existirá un área del derecho que sea el objeto de referencia de la definición centrada-en-derechos. Nuestro sistema económico, que involucra, de modo fundamental, el uso de animales para el beneficio humano, no permitirá que se trate al animal como persona. Tampoco lo permitirán los principios morales defendidos por la mayoría de las personas. Y tampoco lo permitirán las convicciones religiosas profundas que cultiva gran parte de la población. No tiene ningún sentido que la profesión legal adopte una definición para un ‘área’ del derecho que necesita sustentarse en principios jurídicos que probablemente nunca van a existir”⁶².

Como decíamos, el propósito es crítico: TANNENBAUM cree que ninguna de las aproximaciones al derecho animal satisface las condiciones mínimas para identificarlo como una genuina ‘rama del derecho’: (i) un número suficiente de elementos que la doten de contenido; (ii) relaciones y vínculos entre estos componentes que permitan

⁶⁰ Ibid. p. 912. En el mismo sentido FAVRE, David. The Gathering Momentum. *Journal of Animal Law*. Michigan, EEUU. 2005. (1):1-6. Aunque él incluye el célebre *The Case for Animal Rights* de Tom Regan (1983) como una influencia importante del movimiento, y sitúa en la década de los noventa el inicio de la recepción del movimiento jurídico en facultades de derecho.

⁶¹ Op. cit. TANNENBAUM (2013). p. 914

⁶² Ibid. p. 934

razonablemente a un tercero entender el sistema como un todo coherente; y (iii) un interés suficiente de parte de miembros de la práctica (abogados) en tratar el conjunto de elementos como un subsistema jurídico⁶³.

Lo que TANNENBAUM no alcanza a constatar es que la apropiación del lenguaje de los derechos por el animalismo avanzó en el ámbito académico y social acomodando la categoría a las necesidades del movimiento (y no a la inversa). Si bien en un comienzo el reconocimiento de derechos a animales resultó coincidente con una demanda de abolición de su condición de propiedad, esa implicancia, en tanto necesidad lógica y moral, se abandonó progresivamente. Hoy, tanto en el activismo animalista como en la literatura jurídica sobre animalismo, el consenso es que los animales pueden ser titulares de derechos y objetos de propiedad al mismo tiempo. En lo que sigue revisamos la historia reciente de esta progresión.

1. FRANCIÓN: LOS DERECHOS (MORALES) DE ANIMALES COMO CONSTREÑIMIENTO DEONTOLÓGICO A LA REGULACIÓN ANIMAL

Si bien en la historia que relata TANNENBAUM en la primera oleada de derecho animal los abogados ya habían incorporado el lenguaje de los derechos, inspirados en la ética animalista de SINGER (al punto que, en el derecho norteamericano, hablar de derecho animal era lo mismo que hablar de animal rights, y de hecho hasta hoy ambas expresiones son prácticamente sinónimas), lo cierto es que en las dos primeras décadas del movimiento los derechos de animales operaban simplemente como instrumento retórico-estratégico – considérese además que en los setenta la teoría de los derechos subjetivos como constreñimientos deontológicos, es decir, como límites a la ponderación de intereses vía políticas sociales, estaba todavía en desarrollo –. SINGER confirma lo anterior en la segunda edición (1990) de *Animal Liberation*:

“El lenguaje de los derechos es una útil fórmula política. Es incluso más valioso en la era de los informativos televisados de treinta segundos que en tiempos de Bentham; pero, en lo que respecta al argumento a favor de un cambio radical en nuestra actitud hacia los animales, no es en absoluto necesario”⁶⁴.

⁶³ Ibid. p. 906-907. Sobre las dificultades para definir el derecho animal como rama autónoma del derecho, heredadas de las tensiones internas a la ética animalista, véase GALLEGO, Javier. Sobre la posibilidad de un “derecho animal”. En: CHIBLE, María José y GALLEGO, Javier (eds.). *Derecho Animal: Teoría y práctica*. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters, 2018. 466p. p. 145-183. Este artículo puede ser considerado una crítica a la defensa del derecho animal como rama autónoma del derecho que se encuentra en Op. cit. CHIBLE, María José (2016). p.379, quien le atribuyó al derecho animal las características de ser un derecho (i) nuevo, (ii) autónomo, (iii) compuesto por normas de derecho privado y derecho público, (iv) cuyo objetivo principal es proteger y amparar al animal, y (v) universal. El presente artículo no se pronuncia respecto de dicho desacuerdo.

⁶⁴ SINGER, Peter. *Animal Liberation*. New York, EEUU. HarperCollins (2da Edición), 1990 [la cita es de la traducción al castellano de la 2da edición de 1990: *Liberación Animal*. Madrid. Trotta, 1999, p. 44].

FRANCIONE es el primero en reaccionar frontalmente a esta devaluación de los derechos fundamentales en su monografía *Animals, Property, and the Law* ("APL")⁶⁵. La monografía defiende la tesis, en parte empírica, de que la regulación animal no puede ser conducente a la liberación animal. Solo por referencia a regulación infraconstitucional – leyes federales de protección animal, regulación administrativa, y normas penales de maltrato animal – FRANCIONE argumenta que en cada caso el derecho deja un espacio para ejercer alguna forma de ponderación que siempre será desfavorable al interés del animal en su protección, y favorable por oposición al interés del humano-propietario⁶⁶. En el derecho chileno, el mejor ejemplo de una regulación que administra la relación humano-animal en contextos de explotación sería el artículo 5° de la Ley N°20.380:

"Los circos, parques zoológicos y otros lugares destinados al espectáculo o exhibición de los animales; los laboratorios de diagnóstico veterinario; los establecimientos destinados a la producción industrial de animales y sus productos, y los locales comerciales establecidos para la compraventa de animales, deberán contar con las instalaciones adecuadas a las respectivas especies y categorías de animales para evitar el maltrato y el deterioro de su salud. Asimismo, deberán adoptar todas las medidas necesarias para resguardar la seguridad de las personas.

Iguals obligaciones recaerán sobre los hospitales, clínicas y consultas veterinarias, y los establecimientos destinados a la investigación y docencia sobre animales, o al adiestramiento, concursos y hospedajes de animales" (énfasis añadido).

En lo que respecta a la protección penal del animal no humano, el ejemplo que aquí interesa es el artículo 291 ter del Código Penal chileno (introducido por la Ley N°21.020), que define el maltrato o crueldad animal luego de establecer (el artículo anterior) sus consecuencias penales:

"[S]e entenderá por acto de maltrato o crueldad con animales toda acción u omisión, ocasional o reiterada, que injustificadamente causare daño, dolor o sufrimiento al animal" (énfasis añadido).

En el primer caso, la norma legitima socialmente la explotación animal (en zoológicos, circos, laboratorios, mataderos, etc.) estableciendo un estándar o umbral de cuidado. En el segundo caso, la cláusula de (in)justificabilidad le permite al persecutor o adjudicador penal desestimar imputaciones de maltrato culturalmente validadas

⁶⁵ FRANCIONE, Gary. *Animals, Property, and the Law*. Philadelphia, EEUU. Temple University Press, 1995.

⁶⁶ *Ibid.* p. 17-32.

como uso legítimo de propiedad⁶⁷. En ambos casos, sostiene FRANCIONE, la protección brindada al animal es pura hipocresía; ello se explica por el predominio de lo que él denomina la ideología bienestarista, esto es, la idea de que la explotación animal es legítima en la medida en que esté controlada por estándares de cuidado o bienestar (siempre mediados por intereses humanos). FRANCIONE sostiene que el único modo de romper esa ponderación es por medio del reconocimiento de derechos al animal y como consecuencia la abolición de su estatus de propiedad. Pero APL no desarrolla las consecuencias radicales de la transformación jurídica que propone. En el epílogo insiste que las prohibiciones al maltrato animal (sean penales o administrativas) nunca liberarán al animal de la explotación pues, en la medida en que su estatus sea el de objeto de propiedad, toda regulación estará mediada por esa ideología bienestarista⁶⁸.

La tesis de que la regulación de la explotación animal (en la lógica del artículo 5° de la Ley N°20.380) es contraproducente al objetivo de la liberación animal ha sido calificada por Garner como un “contrafactual indemostrable”⁶⁹. En este sentido, el ataque de FRANCIONE a la ideología bienestarista puede ser acusado de igualmente ideológico. En su defensa el anti-bienestarista o abolicionista dirá que suscribe simplemente a una ideología liberal, en virtud de la cual los derechos fundamentales operan como constreñimientos deontológicos a la ponderación de intereses cuando se produce un conflicto o una colisión con objetivos sociales. Fuera de este marco conceptual se desarrollará por cierto una corriente animalista (genuinamente) crítica⁷⁰, pero aquí nos interesa ilustrar sobre la evolución de la línea ideológicamente liberal, es decir, aquella comprometida con la idea de que otorgar derechos a los animales es el paso natural en su progresivo reconocimiento moral y protección institucional.

⁶⁷ Sobre las cláusulas de justificabilidad y sobre causas de justificación en general como formas de moderación de la persecución penal del maltrato animal véase WILENMANN, Javier. Causación lícita de lesiones o de la muerte de animales en el sistema jurídico chileno tras la Ley N° 21.020. En: CHIBLE, María José y GALLEGO, Javier (eds.). *Derecho Animal: Teoría y práctica*. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters. 2018. 466p. p. 427-451.

⁶⁸ Op. cit. FRANCIONE (1995). p. 260.

⁶⁹ GARNER, Robert. *A Theory of Justice for Animals*. New York, EEUU. Oxford University Press, 2013. p. 90. El desacuerdo entre Robert Garner y Gary Francione grafica de modo útil la oposición entre bien-estarismo y abolicionismo (que dominó el debate animalista durante las décadas de los noventa y los 2000. Quedó plasmado en un intercambio entre ambos con formato de libro: FRANCIONE, Gary y GARNER, Robert. *The Animal Rights Debate. Abolition or Regulation?* New York, EEUU. Columbia University Press, 2010.

⁷⁰ Una introducción en: McCANCE, Dawne. *Critical Animal Studies: An Introduction*. New York, UU.EE. State University of New York Press, 2013.

2. EL GIRO POLÍTICO: EL COMPATIBILISMO ENTRE DERECHOS DE ANIMALES Y ESTATUS DE PROPIEDAD

La apropiación del lenguaje de los derechos por el animalismo será crucial, pero también llevará al debate animalista (académico y político) a un punto muerto (en parte por el contrafactual indemostrable en torno al cual gira el desacuerdo entre bienestarristas y abolicionistas). En palabras de DONALDSON Y KYMLICKA, autores del célebre *Zoopolis* (al que se le atribuye el logro de destrabar el desacuerdo):

“La teoría de los derechos animales (en lo que sigue TDA [‘ART’ en el original]) se ha ganado un espacio en los círculos académicos, donde se ha desarrollado de modo sofisticado por los últimos cuarenta años. [...] Pero no tiene virtualmente ninguna resonancia en el público general. [...] Dado [ciertos] obstáculos culturales y económicos para los derechos de animales, quizás no es sorprendente que el movimiento por abolir la explotación animal haya sido tan poco efectivo. Pero nosotros creemos que parte del problema radica en la forma en que la TDA ha sido articulada. Simplificando bastante, la TDA hasta la fecha se ha formulado de modo muy estrecho: típicamente ha optado por especificar una lista limitada de derechos negativos [...] Por contraste, la TDA ha dicho muy poco sobre las obligaciones positivas que podemos tener para con los animales”⁷¹.

DONALDSON Y KYMLICKA sugieren, entonces, dos explicaciones para el fracaso del abolicionismo: obstáculos culturales y económicos (los mismos que llevan a TANNENBAUM a concluir que nunca existirá un derecho animal centrado-en-derechos), y un énfasis exclusivo en derechos negativos, en derechos de no interferencia. Hay dos maneras de entender esta referencia: primero, como una referencia a una familia de propuestas institucionales encaminadas a reconocer derechos accionables a los animales, compatibles con su condición de objeto de propiedad – identificaremos su ideología subyacente como compatibilismo. Para el compatibilismo lo importante es que la protección a animales prometida por la legislación administrativa o penal sea accionable por un representante del animal. En este punto la literatura especializada profita de una analogía obvia con la protección de menores de edad. Así FAVRE, respecto de la protección de animales salvajes:

“La fauna silvestre, de la misma forma que los niños humanos, no serán conscientes de los derechos jurídicos que poseen, o cuándo o dónde ejercerlos. La afirmación de derechos jurídicos para la fauna silvestre dependerá de que el legislador y los tribunales acepten que humanos demandantes presenten acciones legales en favor de la fauna silvestre, o de que los tribunales designen abogados como guardadores de la fauna silvestre”⁷².

71 DONALDSON, Sue, y KYMLICKA, Will. *Zoopolis. A Political Theory of Animal Rights*. New York, EE.UU. Oxford University Press, 2011. p. 4-6.

72 FAVRE, David. *Wildlife Jurisprudence, J. Env'tl. L. & Litig.* 2010, Vol. 25, 459p. p. 489.

Aunque la referencia es a la fauna silvestre, la propuesta se enmarca en un proyecto mayor, en el que FAVRE incluye a todos los animales. En la propuesta original, FAVRE imagina la posibilidad de constituir una especie de fideicomiso (en la forma de un patrimonio de afectación), en el cual el beneficiario de la administración de la propiedad es el propio animal, y lo administrado es su propio cuerpo. Esta institución sirve al propósito de construir un concepto de tenencia responsable de animales. FAVRE concede, por cierto, que dada la orientación exclusivamente patrimonial de la institución en cuestión, la analogía solo opera como puente hacia una reconstrucción más fiel del tipo de responsabilidad que el dueño tiene con el animal. Esa responsabilidad es la de un guardador, que tiene el deber de velar por el bienestar económico del pupilo menor de edad, pero también de representar sus intereses en general⁷³. Todas las propuestas compatibilistas siguen una lógica similar, y concluyen que los derechos de animales se aseguran si un guardador (o cualquier humano no necesariamente relacionado con el animal) tiene la facultad de interponer acciones en favor del animal.

Una segunda manera de entender la expresión derechos negativos en el párrafo de *Zoopolis* es por referencia al derecho a no ser tratado como propiedad, entendido por el abolicionismo como precondition de la atribución de cualquier otro derecho. En este punto *Zoopolis* destraba el desacuerdo objetando la orientación universalista del abolicionismo. Es decir, objeta que el abolicionismo exija la liberación de todos los animales, cuando no todos los animales desean ser liberados del dominio humano. Aquí la cuestión depende del tipo de relación y del contexto de interacción entre humano y animal.

Los autores ofrecen un marco de teoría política para tematizar las diversas formas de relación que pueden cultivar humanos y animales. La analogía, entonces, es con la asignación de un estatus al humano por referencia a su posición relativa en una comunidad política soberana y territorialmente delimitada. Los miembros de una comunidad política que mantienen con ella un vínculo significativo reciben el estatus de ciudadanos; quienes habitan el territorio pero no mantienen ese vínculo son residentes [denizens]; y quienes por último habitan y mantienen un vínculo significativo con una comunidad política ajena se denominan extranjeros. En razón de estas posiciones relativas, la teoría política y el derecho constitucional distribuyen derechos y deberes. La propuesta de *Zoopolis* consiste en disponer de esta estructura para tematizar los vínculos entre humanos con (a) animales de compañía (=ciudadanos); (b) animales liminales, esto es, animales salvajes que normalmente habitan espacios urbanos ocupados por humanos pero que no cultivan

⁷³ FAVRE, David. A New Property Status for Animals: Equitable Self-Ownership. En: SUNSTEIN, Cass, y NUSSBAUM, Martha (eds.) *Animal Rights. Current Debates and New Directions*. New York. Oxford University Press. 2004. 352p. p. 240-242

relaciones significativas con ellos (=residentes); y (c) animales salvajes en sentido estricto (=extranjeros). La monografía propone derechos positivos o sociales para animales, pero también potestades coactivas atribuidas al humano, dependiendo del contexto en que ambos se relacionen. Sin perjuicio de estas innovaciones, es claro que lo que más enorgullece a los autores es el descubrimiento de la idea de ciudadanía para animales de compañía. Esto es notorio en un artículo científico de autoría de ambos, publicado después de *Zoopolis*, y destinado a aclarar algunos de los conceptos propuestos en la monografía. La única preocupación de los autores es la idea de ciudadanía y su implementación en la protección de animales de compañía: les preocupa convencer a sus lectores que las mascotas, al igual que los esclavos, pueden ser integrados a nuestras comunidades políticas reconociéndoles ciudadanía⁷⁴; así como también les preocupa que el movimiento no devalúe el concepto de ciudadanía, sino que lo fortalezca⁷⁵.

Lo que el animalismo en general encontró en *Zoopolis* fue en todo caso mucho más que una justificación teórico-política para la tenencia responsable de mascotas. La obra produjo un, así llamado, giro político⁷⁶, es decir, un desvío tanto del anquilosado debate entre bienestarismo y abolicionismo, como de las abstracciones del debate puramente filosófico sobre derechos (=constreñimientos deontológicos imponderables) contra intereses sociales. El giro es considerado político no porque disponga necesariamente de categorías de la teoría política o constitucional para caracterizar las relaciones humano-animal, sino porque tematiza los intereses de los animales por referencia a los contextos específicos en que los animales se relacionan con (son explotados por) seres humanos. Este giro, entonces, tiene un efecto profundo en la idea de derechos fundamentales de animales.

74 Francione no muestra ninguna simpatía por el animalismo que caracteriza a las mascotas como compañeros del ser humano. A pesar de eso fue convocado para reseñar una reciente compilación de artículos sobre mascotas (OVERALL, Christine (ed.). *Pets and People*. New York, EE.UU. Oxford University Press, 2017), reseña que concluyó, tras describir sin demasiado relieve los ensayos del volumen, criticando a los animalistas que se preocupan especialmente por las mascotas, en vez de preocuparse por todos los animales en general, y criticando a los contribuyentes del volumen por no ofrecer ninguna propuesta radical para transformar nuestro vínculo de dominación humano-mascota: FRANCIONE, Gary. Book Review: Christine Overall, ed., *Pets and People: The Ethics of Our Relationships with Companion Animals*. *J Value Inquiry*. 2018. 52:491-516, p. 515.

75 KYMLICKA, Will y DONALDSON, Sue. *Animals and the Frontiers of Citizenship*, *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxfordshire, Inglaterra. 2014. 2(34): 201-219.

76 GARNER, Robert y O'SULLIVAN, Siobhan. (eds.). *The Political Turn in Animal Ethics*. Maryland, EE.UU. Rowman & Littlefield, 2016.

3. COCHRANE: DE DERECHOS ACOMODATICIOS A LA POLÍTICA SINTIENTE

Un primer ejemplo de esta nueva comprensión, aunque contemporáneo al desarrollo del giro político como tal, y preparado antes que *Zoopolis* fuera reconocido como un punto de inflexión por la literatura especializada⁷⁷, es la propuesta de derechos acomodaticios de COCHRANE, elaborada *Animal Rights Without Liberation* ("ARWL")⁷⁸. COCHRANE propone una teoría de derechos morales para animales (eventualmente implementable a través de legislación) que considere los intereses que los animales efectivamente poseen⁷⁹, y que depende del contexto en el que interactúan con los humanos. El presupuesto básico, como lo adelanta el título de la monografía, es que los animales no tienen necesariamente un interés en su liberación, o más bien, que una teoría trabajable de los derechos animales no tiene porqué tomar ese presupuesto como punto de partida. Esto porque los animales no son agentes autónomos y por tanto fines en sí mismos⁸⁰. En este sentido, se trata de una teoría que responde la acusación de hipocresía dirigida al bienestarismo por el abolicionismo, negando frontalmente la igualdad moral entre humanos y animales. COCHRANE no está dispuesto a que lo califiquen de hipócrita. Y así, por ejemplo, ARWL argumenta que, si bien los animales tienen intereses (y por tanto derechos morales, y por tanto eventualmente derechos legales) en evitar el sufrimiento y en prolongar su vida, dado que no tienen un interés en su libertad, no tienen derecho a no ser usados en experimentación⁸¹.

⁷⁷ En todo caso, si se trata de vinculaciones entre la ética animal y la filosofía política analítica, Robert Garner es precursor, quien ha adoptado un enfoque estrictamente Rawlsiano para teorizar sobre la cuestión animal. Véase desde ya GARNER, Robert. *The Political Theory of Animal Rights*. Manchester, Inglaterra. Manchester University Press, 2005. Esta perspectiva política parece haber influido en la primera monografía de Alasdair Cochrane, que revisa la relación entre el animalismo y varias teorías e ideologías políticas, entre ellas: liberalismo, comunitarismo, marxismo y feminismo: COCHRANE, Alasdair. *An Introduction to Animals and Political Theory*. Palgrave Macmillan, 2010.

⁷⁸ COCHRANE, Alasdair. *Animal Rights Without Liberation*. New York, EE.UU. Columbia University Press, 2012 (la monografía corresponde a su tesis doctoral en el Departamento de Gobierno de London School of Economics, bajo la dirección de Cécile Fabre).

⁷⁹ Cochrane se permite esta laxitud porque declara que la suya es una teoría moral de los derechos animales basadas en los intereses. Lo cierto es que la tradicional oposición entre teorías de los derechos basadas en los intereses y teorías de los derechos basadas en la voluntad abre discusiones sobre el fundamento moral de los derechos que carecen de incidencia práctica en procesos de implementación de derechos. Para transitar al plano institucional resulta mucho más fructífero definir los derechos como *claims* por referencia a las expectativas y deberes de ciertos roles socialmente definidos. Leif Wenar lleva adelante esa estrategia con bastante éxito, y con la pretensión de superar el desacuerdo entre intereses y voluntad. Véase WENAR, Leif. The Nature of Claim-Rights. *Ethics, Symposium on Rights and the Direction of Duties*. Chicago, EE.UU. 2013. 2(123): pp. 202-229 (con aplicaciones a casos difíciles como los derechos de los niños y los derechos de los animales).

⁸⁰ Op. cit. COCHRANE (2010). p. 8-10.

⁸¹ Ibid. p. 52.

Tampoco tienen derecho a no ser explotados en la ganadería⁸², o derecho a no ser usados para nuestro entretenimiento⁸³.

Asumiendo luego su posición como un partícipe y protagonista del giro político, COCHRANE produjo una monografía en la que elabora las consecuencias institucionales de su propuesta moral en ARWL. En *Sentientist Politics* ("SP") COCHRANE insiste en que los animales tienen, al menos y como cuestión moral, dos derechos esenciales: el derecho a la vida y el derecho a no sufrir⁸⁴. Pero cuando llega el momento de llevar la teoría moral a la práctica institucional, en vez de optar por el camino de las acciones judiciales (como en las propuestas de FAVRE y otros), COCHRANE lleva la cuestión animal al plano global y propone un "cambio de paradigma en el lenguaje, en la teoría y en la práctica de los derechos humanos: la idea de derechos humanos [propone] debiera ser reemplazada por la de derechos sintientes⁸⁵. Más allá de la fraseología, la propuesta institucional concreta es instaurar representantes democráticos de los animales, que discutan en instituciones deliberativas sobre lo que es mejor para los animales. Según COCHRANE, este proyecto no debiera restringirse al Estado-nación, y entonces propone reconfigurar nuestro concepto de soberanía para alcanzar un orden global basado en la protección de todos los seres sintientes⁸⁶.

La discusión sobre la viabilidad de este proyecto, que COCHRANE denomina democracia cosmopolita sintiente, la dejaremos a los abogados internacionalistas. Aquí nos interesa destacar, del giro político personal de COCHRANE, la convicción que adquiere en la legislación deliberativa como el único camino razonable para cumplir definitivamente la promesa de los derechos animales. Para llegar a esa conclusión primero tuvo que considerar la constitucionalización de los derechos animales como opción:

"En mi opinión, constitucionalizar los objetivos de igual consideración y protección de derechos [de animales] es un elemento necesario pero no suficiente de un sistema político dedicado a los intereses de todas las criaturas sintientes. Es necesario, porque [...] estos objetivos proveen de justificación a las instituciones políticas, y también sirven para darles forma y limitarlas. De esa forma, constitucionalizar estos principios asegura que el objetivo último de la política nunca sea olvidado. Sin embargo, los mecanismos legales serán insuficientes para alcanzar estos objetivos por el hecho de que los mandatos

⁸² Ibid. p. 102.

⁸³ Ibid. p. 142.

⁸⁴ COCHRANE, Alasdair. *Sentientist Politics*. New York. EE.UU. Oxford University Press, 2018. p. 28-29.

⁸⁵ Ibid. p. 30.

⁸⁶ Ibid. p. 73.

de “mostrar igual consideración” y de “proteger los derechos” son siempre indeterminados. Me explico, aunque puede en ocasiones resultar claro qué es lo que la protección de derechos exige en una situación particular, ese no suele ser el caso. Por ejemplo, aunque pueda afirmarse plausiblemente que todo ser sintiente tiene un derecho a la salud, existirá amplio desacuerdo respecto a la extensión que deba darse a ese derecho en casos particulares. Esto es cierto incluso en lo que respecta a los humanos [...]”⁸⁷.

Resulta notable, aunque no sorprendente, que el animalismo académico haya llegado a la conclusión de que la forma institucional que de mejor forma garantiza los derechos de los animales es la legislación democrática, y además como consecuencia de constatar el amplio desacuerdo en torno a la extensión (y contenido) de esos derechos. De esta forma, la teoría de los derechos animales ha recorrido el mismo camino de la teoría de los derechos humanos. Cuando la noción misma fue transplantada de la filosofía contractualista para ser usada como idea revolucionaria a fines del siglo XVIII, surgieron dos caminos para darle forma institucional en constituciones: el camino Lockeano, seguido por los revolucionarios Americanos, que entendieron los derechos como límites al poder estatal, y por tanto necesitados de reforzamiento judicial; y el camino Hobbesiano, seguido por los revolucionarios Franceses, quienes entregaron los derechos al soberano – en su versión por cierto: a la ley, representante de la voluntad soberana⁸⁸. La versión Lockeano es ciertamente la que ha primado, en especial después de la segunda guerra mundial, lo que explica que nuestra comprensión cultural del rol de los derechos no pueda desentenderse de sus mecanismos de protección, sean acciones judiciales o poderes de revisión judicial de legislación. En las últimas décadas hemos observado un resurgimiento de la idea Hobbesiana, al menos en la filosofía política y jurídica. Los derechos animales parecen haber llegado al mismo punto. Pero claro, con una importante diferencia. Todos estamos de acuerdo en que los seres humanos tienen derechos, nuestros desacuerdos son de segundo orden, relativos a sus contenidos específicos. No podemos decir lo mismo respecto de otros seres sintientes. En lo que respecta a ellos, estamos todavía en el plano del primer orden de desacuerdo.

⁸⁷ Ibid. p. 38.

⁸⁸ LOUGHLIN, Martin. *The Idea of Public Law*. Oxford, Inglaterra. Oxford University Press, 2003. p. 123-124.

4. DE VUELTA AL INICIO

SUNSTEIN, en su contribución al volumen colectivo sobre derecho animal que coeditó⁸⁹, sostiene que, para expandir derechos de cualquier tipo, existen dos estrategias históricamente reconocidas: ampliar el espectro de titularidad de los derechos en cuestión (la estrategia que habría seguido la Corte Suprema, según SUNSTEIN, en *Brown v. Board of Education*), o bien seguir la estrategia más modesta de asegurar el goce efectivo de los derechos ya existentes en la legislación. La contribución busca defender esta segunda estrategia, proponiendo implementar acciones públicas para denunciar maltrato animal o infracciones a la legislación federal de protección animal (esa que FRANCIONE califica de bienestarista, es decir, hipócrita). De hecho, en el apartado que lleva por título "A Federal Bill of Rights for Animals?", SUNSTEIN simplemente propone hacer accionables las promesas de protección de esas leyes federales de bienestar animal⁹⁰.

Si nos comparamos con Estados Unidos, podemos decir que nuestra legislación ya reconoce a los animales derechos en varios sentidos: la Ley N°21.020 permite a las organizaciones animalistas querellarse por actos de maltrato animal, y en su articulado establece amplios deberes de cuidado en favor del animal de compañía y que le corresponden a su tenedor responsable. Sobre la base de esta ley, algunas Cortes de Apelaciones han declarado que los condominios no pueden prohibir por reglamento al tenedor vivir con su mascota en la unidad del edificio. En un fallo de 6 de junio de 2018, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo respecto de una cláusula de esa naturaleza, que,

"su impropiedad es de tal envergadura que impone una limitación al ejercicio de un derecho de propiedad que en la actualidad tiene características especiales. En efecto, impedir mantener una mascota con sus dueños, implica un actuar abusivo, al colocarlo en la situación de tener que abandonar al animal en el supuesto que nadie lo reciba [...], aunado a que se incumplirá las obligaciones de una tenencia responsable, en cuanto que si es dueño, al menos, corresponde proporcionarle buen trato, alimento, albergue, debiendo corresponder este último [...], al domicilio de su responsable"⁹¹.

⁸⁹ SUNSTEIN, Cass. Can Animals Sue? En: SUNSTEIN, Cass, y NUSSBAUM, Martha (eds.) *Animal Rights. Current Debates and New Directions*. New York, EE.UU. Oxford University Press. 2004. 352p.

⁹⁰ Ibid. p. 254-255.

⁹¹ Corte de Apelaciones de Santiago. Zarzar Kahwagi, Isabel c/ Comunidad Edificio Aconcagua y otro. Rol 1414-17, 6 de junio, 2018, considerando 7°.

El animalismo chileno puede, por cierto, celebrar esta decisión como un precedente importante, porque, si bien trata al animal como objeto de propiedad, se refiere a este como una propiedad con características especiales⁹². Esto es lo más lejos que una judicatura ideológicamente comprometida con el animalismo puede llegar sin tensionar un sistema jurídico basado en la protección de la propiedad. Pero nuestra impresión es que el movimiento animalista apuntará en el debate constituyente a incluir una declaración en la constitución que permita en el futuro que decisiones de protección animal se basen en sus intereses y derechos, y menos en su condición de propiedad.

Como dijimos, los escépticos responderán que el bienestar animal es un problema social complejo, que no puede resolverse disponiendo del lenguaje de los derechos sin distorsionarse. Sin negar frontalmente esta crítica, el animalista podrá responder que, aun cuando persiga en el debate constituyente el objetivo máximo: incluir un genuino *Bill of rights* para animales en la Constitución Chilena (quizás emulando la “Declaración Universal” de 1977, o la “Declaración sobre Bienestar Animal” de 2007), su propósito último siempre será estimular la discusión legislativa, o conformar una genuina bancada animalista de representantes de intereses animales, no ya inspirada simplemente en una simpatía moral por los animales, sino en un mandato constitucional concreto.

V

CONCLUSIÓN

La premisa básica de este artículo es el inminente avance del discurso animalista chileno hacia el objetivo de la constitucionalización del bienestar animal, en la forma de derechos fundamentales para animales, o por vías indirectas o más abstractas. El contexto en que se despliegue dicho discurso será institucional en la medida que el proceso de cambio constitucional chileno abra espacios para formular la demanda animalista de modo concreto. Pero aunque se trate de un despliegue puramente comunicacional, creemos que se trata de un avance inevitable. Por eso vemos una necesidad de ofrecer insumos para vislumbrar las opciones disponibles de propuestas de constitucionalización del bienestar animal.

El artículo ofreció dos tipos de insumos: normativos y teóricos. En el primer caso se presentaron mecanismos de constitucionalización que disponen de la estructura e instituciones que normalmente se encuentran en textos constitucionales. La opción

⁹² Véase un comentario crítico al fallo en CHIBLE, María José, y GALLEGO, Javier (21.06.18) Sobre el fallo que revoca la prohibición de tenencia de mascotas en condominios, *El Mercurio Legal*. (fecha consulta: 27.09.20) Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906651&Path=/OD/D5/>

más fuerte por cierto es la configuración de una carta de derechos para animales, cuya consecuencia es ampliar el espectro de normas constitucionales que habilitan el control de constitucionalidad de legislación, y que permiten la interposición de acciones constitucionales de protección (aunque por cierto el constituyente que produzca la nueva constitución puede pretender – y solo pretender – limitar ese alcance en la regulación constitucional concreta de ambas instituciones). Ningún ordenamiento jurídico ha optado por esta vía, sino más bien por lo que aquí identificamos como vías indirectas, destacando las propuestas doctrinarias y judiciales de extender la legitimación activa de acciones de protección, o considerar a los animales titulares de derechos ya reconocidos a seres humanos. Por cierto, la vía indirecta más recurrente es incluir a los animales en la idea difusa de protección del medio ambiente.

Los insumos teóricos se dejan ver en la reciente historia de la idea de derechos animales, tal como se desarrolló en la literatura especializada angloparlante. Desde la confrontación radical entre las ideologías bienestarista y abolicionista, la discusión avanzó hacia la síntesis y reestructuración del debate, primero en *Zoopolis*, y luego en la literatura del, así llamado, giro político. Esa literatura evade las principales acusaciones de la facción más radical del animalismo moderando las expectativas del movimiento y del uso del lenguaje de los derechos (así la propuesta de derechos acomodaticios de COCHRANE: los animales no tienen derecho a la libertad porque no tienen, siempre, interés en su libertad). Ello le permite concentrarse en cuestiones institucionales, como la constitucionalización de derechos animales, para efectos de estimular la deliberación democrático-legislativa en torno a cuestiones de bienestar animal – y en la propuesta más ambiciosa de COCHRANE, llegar a configurar un sistema cosmopolita de representantes de animales en una infraestructura global de legislación supra-estatal de protección animal.

Este artículo es neutral frente a la evaluación de la estrategia de la constitucionalización. Se anticipa a ella y busca asistir a los actores del movimiento en la articulación jurídica de la estrategia, consciente de los límites de la misma. Estos límites son visibles en la experiencia comparada de constitucionalización del bienestar animal, y en la historia de la discusión académica sobre derechos animales. Lo que es claro es que, sea cual sea la estrategia que persiga el movimiento animalista chileno, o la que en definitiva sea acogida en el próximo proceso constituyente, la discusión sobre el rol del animal en el orden constitucional chileno es ya inevitable. Es esa constatación y la necesidad de articulación que subyace a ella lo que inspira el presente artículo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- › BAQUERO, Javier. La libertad para “Chucho”, el oso andino de anteojos. *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*. Barcelona, España. 2018. 1(9):93-102
- › CHIBLE, María José, El concepto de sintiencia como propuesta normativa: un concepto vacío. En: GONZALEZ, Israel (ed.). *Discusiones y desafíos en torno al derecho animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2018.
- › CHIBLE, María José. Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho. *Revista Ius et Praxis*. Talca, Chile. 2016. 2(22):373-414.
- › CHIBLE, María José. La protección del animal no humano a través del *habeas corpus*. *Derecho y Humanidades*. 2016. Santiago, Chile. 27: 37-67.
- › CHIBLE, María José, y GALLEGOS, Javier (21.06.18) Sobre el fallo que revoca la prohibición de tenencia de mascotas en condominios, *El Mercurio Legal*.
- › COCHRANE, Alasdair. *An Introduction to Animals and Political Theory*. Palgrave Macmillan, 2010.
- › COCHRANE, Alasdair. *Animal Rights Without Liberation*. New York, EE.UU. Columbia University Press, 2012.
- › COCHRANE, Alasdair. *Sentientist Politics*. New York. EE.UU. Oxford University Press, 2018.
- › CONTRERAS, Carlos. *Régimen jurídico de los animales en Chile, Colombia y Argentina*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2016.
- › CONTRERAS, Pablo. y SALGADO, Constanza. (eds.) *Curso de derechos fundamentales*. Valencia, España. Tirant lo blanch, 2020.
- › CONTRERAS, Pablo. y SALGADO, Constanza. (eds.). *Manual sobre derechos fundamentales*. Teoría general, Santiago, Chile. LOM Ediciones. 2017.
- › DONALDSON, Sue, y KYMLICKA, Will. *Zoopolis. A Political Theory of Animal Rights*. New York, EE.UU. Oxford University Press, 2011.
- › EVANS, Erin. Constitutional Inclusion of Animal Rights in Germany and Switzerland: How Did Animal Protection Become an Issue of National Importance?, *Society and Animals*. Michigan, EEUU. 2010. 18: 231-250.

- › FAVRE, David. A New Property Status for Animals: Equitable Self-Ownership. En: SUNSTEIN, Cass, y NUSSBAUM, Martha (eds.) *Animal Rights. Current Debates and New Directions*. New York. Oxford University Press. 2004.
- › FAVRE, David. The Gathering Momentum. *Journal of Animal Law*. Michigan, EEUU. 2005. (1):1-6.
- › FEINBERG, Joel. The Rights of Animals and Unborn Generations. En: BLACKSTONE T., William (ed.). *Philosophy & Environmental Crisis*. Athens, GA. The University of Georgia Press, 1974.
- › FAVRE, David. Wildlife Jurisprudence, *J. Env'tl. L. & Litig.* 2010, Vol. 25.
- › FAVRE, David, Wildlife Rights: The ever-widening circle. *Environmental Law*. Michigan State University College. Michigan, EEUU. 1978.
- › FRANCIONE, Gary. *Animals, Property, and the Law*. Philadelphia, EEUU. Temple University Press, 1995.
- › FRANCIONE, Gary. Book Review: Christine Overall, ed., *Pets and People: The Ethics of Our Relationships with Companion Animals*. *J Value Inquiry*. 2018. 52:491-516.
- › FRANCIONE, Gary y GARNER, Robert. *The Animal Rights Debate. Abolition or Regulation?* New York, EEUU. Columbia University Press, 2010.
- › GALLEGO, Javier. Sobre la posibilidad de un "derecho animal". En: CHIBLE, María José y GALLEGO, Javier (eds.). *Derecho Animal: Teoría y práctica*. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters, 2018.
- › GARNER, Robert. *A Theory of Justice for Animals*. New York, EEUU. Oxford University Press, 2013.
- › GARNER, Robert. *The Political Theory of Animal Rights*. Manchester, Inglaterra. Manchester University Press, 2005.
- › GARNER, Robert y O'SULLIVAN, Siobhan. (eds.). *The Political Turn in Animal Ethics*. Maryland, EE.UU. Rowman & Littlefield, 2016.
- › GONZALEZ, Israel. Animales no humanos como sujetos ante el derecho y limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales: algunos desafíos a propósito de la jurisprudencia reciente. En: GONZALEZ, Israel. *Discusiones y desafíos en torno al derecho animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago.

- › GUTIERREZ, Jimena y TRUJILLO, Florencia. Fauna Silvestre en Chile y Competencias del Servicio Agrícola Ganadero (SAG): Juicio Crítico sobre el diseño institucional actual. En: CHIBLE, María José y GALLEGOS, Javier (eds.). *Derecho Animal: Teoría y práctica*. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters. 2018.
- › KOSKENNIEMI, Martti. Rights, History, Critique. En: ETINSON, Adam. *Human Rights: Moral or Political?* Oxford. Inglaterra. Oxford University Press. 2018.
- › KYMLICKA, Will y DONALDSON, Sue. Animals and the Frontiers of Citizenship, *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxfordshire, Inglaterra. 2014. 2(34): 201-219.
- › LOEWE, Daniel. Justicia y animales: estatus moral y obligaciones debidas hacia los animales. En: CHIBLE, María José y GALLEGOS, Javier (eds.). *Derecho Animal: Teoría y práctica*. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters. 2018.
- › LOUGHLIN, Martin. *The Idea of Public Law*. Oxford, Inglaterra. Oxford University Press, 2003.
- › McCANCE, Dawne. *Critical Animal Studies: An Introduction*. New York, UU.EE. State University of New York Press, 2013.
- › MORALES ZUÑIGA, Héctor. Estatus moral y el concepto de persona. En: VERGARA, Fabiola (ed.) *Problemas actuales de la filosofía jurídica*. Santiago, Chile. Editorial Librotecnia. 2015.
- › NEUMANN, Jean-Marc. The Universal Declaration of Animal Rights or the creation of a new equilibrium between species. *Animal Law*. Michigan, EEUU. 2012.
- › OVERALL, Christine (ed.). *Pets and People*. New York, EE.UU. Oxford University Press, 2017.
- › PÁEZ, Eze. La protección jurídica de la vida de los no humanos. Fundamentación teórica y mecanismos de tutela. En: CHIBLE, María José y GALLEGOS, Javier (eds.). *Derecho Animal: Teoría y práctica*. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters. 2018.
- › PRIETO, Marcela. Dignidad Animal y Dignidad Humana. En: CHIBLE, María José y GALLEGOS, Javier (eds.). *Derecho Animal: Teoría y práctica*. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters. 2018.
- › SINGER, Peter. *Animal Liberation* (2da Edición). New York, EEUU. HarperCollins, 1990.
- › SUNSTEIN, Cass. Can Animals Sue? En: SUNSTEIN, Cass, y NUSSBAUM, Martha (eds.) *Animal Rights. Current Debates and New Directions*. New York, EE.UU. Oxford University Press. 2004.
- › TANNENBAUM, Jerrold. What is Animal Law?, *Cleveland State Law Review*. 2013. 61:896-897.

- › THERESE MATHEW, Jessamine y CHADRA-SRIDHAR, Ira. Granting Animals rights under the constitution: a misplaced approach? *NUJS Law Review West Bengal, India*.2014. (7):349-372.
- › UNGER, Mark. Sesenta años de la ley fundamental alemana – de un provisorio con una larga vida. *Estudios Constitucionales*. Santiago, Chile. 2009. 2(7): 301-316.
- › WILENMANN, Javier. Causación lícita de lesiones o de la muerte de animales en el sistema jurídico chileno tras la Ley N° 21.020. En: CHIBLE, María José y GALLEGO, Javier (eds.). *Derecho Animal: Teoría y práctica*. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters. 2018.

NORMATIVA CITADA

- › Constitución de Luxemburgo, Luxemburgo, (17.10.1868).
- › Constitución de Francia, Francia. (4.10.1958).
- › Constitución de la República de Uruguay, Uruguay. (1967).
- › Convenio Europeo de protección de los animales en explotaciones ganaderas, Estrasburgo. (10.03.1976).
- › Constitución Española, España, (6.12.1978)
- › Convenio Europeo para la Protección de Animales de Compañía, Estrasburgo. (13.11.1987).
- › Constitución de la República Federal de Brasil, Brasil. (5.10.1988).
- › Constitución Federal de la Confederación Suiza, Suiza. (18.04.1999).
- › Constitución Federal de Austria, Austria. (30.12.2004).
- › Constitución de la República de Serbia, Serbia. (8.11.2006).Constitución de India, India. (01.12.2007).
- › Constitución Política del Estado de Bolivia, Bolivia. (07.02.2009)
- › Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Unión Europea. (30.03.2010).
- › Constitución de la República de Eslovenia, Eslovenia. (31.05.2013).
- › Constitución de Egipto, Egipto. (18.01.2014).
- › Constitución de Suecia, las Leyes Fundamentales y el *Riksdag Act*. Suecia (2016).
- › Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, Alemania (23.05.1949) Última modificación, 28 de marzo de 2019.

JURISPRUDENCIA CITADA

- › Corte Suprema de India. Apelación: Civil Animal Welfare Board of India versus A. Nagaraja & Ors. (07.05.14). N° 5387 OF. 2014. Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. Luis Armando Tolosa Villabona. Bogotá, DC, Acción de *Habeas corpus*. (26.07.17). N° AHC4806 2017.
- › Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York. In the Matter of Nonhuman Rights Project, Inc., on Behalf of Tommy, Appellant, v. Patrick C. Lavery, &c., et al., Respondents. / In the Matter of Nonhuman Rights Project, Inc., on Behalf of Kiko, Appellant, v. Carmen Presti et al., Respondents. (08.05.18).
- › Corte de Apelaciones de Santiago. Zarzar Kahwagi, Isabel c/ Comunidad Edificio Aconcagua y otro. Rol 1414-17. (06.06.2018) Corte Suprema de Nueva York. *Habeas corpus*. The Nonhuman Rights Project on behalf of Happy against Brehemy, James J. Juez Allison Y. Tuit. (18.02.20). Index N° 260441/2019.
- › Corte Suprema de Islamabad, Pakistán. Civil Claim. Islamabad Wildlife Management Board through its Chairman Versus Metropolitan Corporation Islamabad through its Mayor & 4 others. (25.04.20). WP N° 1155/2019.

ANIMALES A LA CONSTITUCIÓN, SU INCLUSIÓN EN CHILE

ANIMALS TO THE CONSTITUTION, ITS INCLUSION IN CHILE

FABIÁN MOLINA CÓRDOVA

ABOGADO

INVESTIGADOR EN PROGRAMA DE DERECHO AMBIENTAL

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ABOGADO CLÍNICA JURÍDICA DE MIGRANTES Y REFUGIADOS

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALESFABIAN.MOLINA@MAIL.UDP.CL

Resumen: Este trabajo, recoge los principales puntos de discusión para otorgar protección a los animales desde la Constitución Política de Chile, buscando proporcionar una mirada introductoria que permita investigar esta área del Derecho acorde al marco normativo nacional. Comprende los principales avances doctrinarios en la materia, presentándose algunos casos de estudio, sugiriendo que para los seres vivos no humanos, se podría consagrar un principio constitucional de promoción y defensa de la dignidad animal.

Palabras clave: Derecho Animal, Derecho Ambiental, Bienestar animal, Ser vivo, Propiedad

Abstract: This paper captures the main points of discussion in the dignity protection principle to non human animals in the Chilean Constitution, attempting to provide an introductory overview in order to investigate this area of the Law, in accordance with the national legal framework. For this purpose it analyzes the advances in the legal doctrine, presenting study cases, proposing the need to implement an animal dignity constitutional principle.

Keywords: Animal law, Environmental Law, Animal welfare, Living being, Property

INTRODUCCIÓN

Durante la década del sesenta REAGAN, filósofo especializado en teoría de derechos de los animales, publicó un libro titulado *The Case for Animal Rights* el cual es considerado fundacional en el movimiento de liberación animal. Argumenta, que los animales no humanos son sujetos de derechos, por lo que es posible pensar para ellos una protección legal. Este derrotero ha llegado a un punto. La siguiente ecuación a resolver es qué tipo de protección es la más adecuada bajo un criterio de justicia.

En el último tiempo en Chile, una propuesta sugiere que los animales no humanos tienen que protegerse a nivel constitucional, respecto del contenido¹ son versátiles. Otros, han postulado que debe instalarse necesariamente en la Constitución una lógica de derechos fundamentales, en otras palabras reconocer una titularidad de derechos a los animales.

Este segundo lineamiento pareciera proporcionar una buena forma de zanjar la discusión. Los derechos fundamentales, están consagrados principalmente en la Constitución Política. Bajo dicha premisa, esta investigación se propone dilucidar las posibilidades y limitaciones que conlleva instalar derechos para los animales no humanos en la Constitución chilena, y contrastarlo con la primera propuesta de brindar una protección constitucional, pero a la medida de las necesidades actuales, sin necesidad de tomar una postura obsecuente.

Parte de entender cuál es el límite del contenido de la norma jurídica base de todo el ordenamiento legal, la Constitución, requiere repasar someramente por qué se piensa en este cuerpo legal.

La Constitución es un programa. Uno para ser desarrollado a lo largo del tiempo y posee, en virtud del principio de supremacía constitucional, una superioridad jerárquica por sobre cualquier otra norma jurídica. En definitiva, la protección de los animales no humanos por sí mismos en la Constitución es el grado más alto de protección jurídica que un animal podría tener² a nivel nacional.

La discusión es antigua. Los partidarios del enfoque ético³, inspirados por el pensamiento de filósofos como KANT, piensan que la vida en cualquiera de sus

1 Ver: www.animalesenlaconstitucion.com

2 Programa de la campaña 'Animales en la Constitución', campaña realizada por la Fundación Derecho y Defensa Animal.

3 Los trabajos de Christine Korsgaard, desarrollan la ética que da luces en este debate. Su obra *Fellow Creatures: Our Obligations to the Other Animals* ha tenido una buena recepción en la comunidad jurídica.

formas es sagrada y que no se le puede asignar un valor económico, un precio en definitiva. De otro lado, portavoces partidarios de filósofos como BENTHAM, que han sido influenciados por un enfoque consecuencial, adquirieron la convicción de que la moralidad de cualquier acto, incluyendo desde luego, la de consagrar protección constitucional a los animales debe evaluarse por sus consecuencias, incluyendo por de pronto, sus consecuencias económicas⁴.

En este trabajo no se pretende realizar un análisis exhaustivo de estas nociones, lo que demandaría un estudio sumamente extenso, sino que, aprovechando los principales desarrollos contemporáneos, se procurará analizar estas nociones sobre la conveniencia y consecuencia de establecer en la Constitución Política un manto de protección a la vida animal no humana.

Asimismo, es bueno destacar que no se realizará un estudio desde la Teoría General del Derecho ni desde la Filosofía de Derecho, sino que el enfoque será el propio del Derecho Animal.

El plan de trabajo consiste en abarcar los principales instrumentos y normas inter-Estatales en materia de animales, para posteriormente circunvalar lo que las normas jurídicas internas nos ofrecen hasta el momento. Y para terminar, examinar un grupo de casos modelo donde la dignidad animal acabó comprometida. Con esto, a la luz de la legislación y su aplicación en aquellos casos concretos (jurisprudencia) se propondrá una conclusión sobre la viabilidad de la protección de la dignidad animal a nivel constitucional, posibles limitaciones que la idea de titularidad de derechos ofrece a la luz de lo estudiado, para concluir cómo armonizar de la mejor forma esta idea de la dignidad animal con nuestra cultura jurídica.

II

ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN ANIMAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En el plano de las normas jurídicas internacionales, es evidente que los principales convenios están orientados hacia la protección, defensa y promoción de los derechos humanos. La protección animal a nivel internacional presenta un óbice. Hay que entender hacia qué entidades va dirigida la protección de derechos en el plano internacional. *“No existe a la fecha un Tratado Internacional que consagre derechos a los animales, lo cual se contrastará más adelante con otra clase de protección que sí existe en este ámbito.”*

4 Ver: SINNOTT-ARMSTRONG, Walter, Consequentialism. En: ZALTA, Edward. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford, EE.UU. Metaphysics Research Lab, Stanford University 2019

En materia de consagrar derechos, existen fundamentalmente dos mantos de protección internacional de los derechos humanos. El primero es el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. El segundo es el Sistema Regional de Protección de los Derechos Humanos, también conocido como Sistema Interamericano. Ambos con antecedentes en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), velan por la dignidad de la persona humana, es la base y centro de protección. Es obligación del Estado defenderlos y promoverlos. La protección animal no se encuentra en estos objetivos.

Sobre quienes han estudiado este tema, SQUELLA piensa que esto se encuentra fundado en el Derecho mismo. En su mirada, es la especie humana la titular de los derechos⁵. El autor explica que los derechos son una creación humana, no forman parte de la naturaleza racional del ser humano, son creaciones humanas, solamente la humanidad puede ser titular de derechos. Animales no humanos, e incluso vegetales como las araucarias en el sur de Chile, están al mismo nivel de cosas inanimadas, como un edificio con valor patrimonial. Lo que sí hay que brindar es protección jurídica, pero no derechos. El Derecho protege a los animales no humanos, e impide que los humanos los maltraten, evita que se cometan tratos crueles y degradantes contra ellos. SQUELLA, sobre la postura de considerar a estas entidades como titulares de derechos está en contra.

Por estas razones podría entenderse también, que en los principales Tratados Internacionales no hay menciones. A pesar de esto han existido esfuerzos notables por establecer una responsabilidad de proteger. La protección internacional, usando el método de la subsunción ha avanzado en este propósito. De las fuentes investigadas, no hay un tratado internacional de derechos para los animales.

Retomando lo planteado anteriormente, sí es posible encontrar una protección jurídica. Si bien no involucra una titularidad de derechos, es una protección jurídica que cumple el objetivo de velar por la dignidad de los animales. Si una protección jurídica cumple con el estándar de velar por la dignidad animal, se puede afirmar con seguridad que la protección es efectiva, y en definitiva, cumple su ratio.



UNA OPORTUNIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL: LOS ANIMALES FORMAN PARTE DEL MEDIO AMBIENTE

Buena parte de los teóricos, piensan en la posibilidad de construir un garante para los animales mediante la protección al medio ambiente, es decir, subconjunto dentro de un conjunto mayor. La protección del medio ambiente —la naturaleza en definitiva— comprende a todos sus elementos formando un todo. Más adelante se expone un caso donde se interpuso una acción de protección con este lineamiento, sin éxito.

5 SQUELLA, Agustín. *Introducción al Derecho*. (1ª edición), Santiago, Chile. Thompson Reuters, 2014. p. 171.

Existen instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes que brindan protección animal. Los principales tratados internacionales en la materia son: la Convención de Washington para la Protección de la Flora y Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América (1940)⁶, la Convención que regula la caza de ballenas (1946)⁷, el Convenio sobre zonas húmedas de Importancia Internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas o RAMSAR (1971)⁸, la Convención para la Conservación de las Focas Antárticas (1972)⁹, la Convención contra el comercio internacional de especies amenazadas de Fauna y Flora Silvestre o CITES (1973)¹⁰, el Convenio sobre la conservación de especies migratorias de la fauna salvaje (1979)¹¹, la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (1980)¹², el Convenio sobre la diversidad biológica (1992)¹³; y también puede considerarse en este grupo la incorporación al Sistema de Protección de Flora y Fauna Latinoamericana.

Estos Tratados Internacionales, usando la distinción empleada anteriormente, dan protección jurídica, pero no una titularidad de derechos. Un ejemplo que respalda esta idea es que uno de los tratados pioneros en esta materia, lleva un nombre el cual precisamente enfatiza su enfoque humano, es la Declaración sobre el Medio Ambiente Humano (1972). Se resalta el carácter humano.

Sin ánimo de exhaustividad, porque el registro no es definitivo, desde 1925 hasta 2020 Chile ha ratificado más de cien tratados, protocolos y enmiendas en materia ambiental. Ninguno ha reconocido a los animales titularidad de derechos, si se ha dado protección jurídica.

Por lo que es posible desde un plano axiológico, contrastar la premisa que exige titularidad de derechos (o facultades), para pasar a entender que los animales cuentan con protección a nivel internacional, y en correlación, a pesar de que no se les han reconocido derechos en los principales instrumentos internacionales, esto último no ha constituido una especie de coto vedado para la protección animal. El paso siguiente, es dar operatividad a estas normas, porque el papel todo lo aguanta,

6 Ratificado por Chile en 1967.

7 Ratificado por Chile en 1979.

8 Ratificado por Chile en 1981.

9 Ratificado por Chile en 1980.

10 Ratificado por Chile en 1975.

11 Ratificado por Chile en 1981.

12 Ratificado por Chile en 1981.

13 Ratificado por Chile en 1992.

pero es un notable nivel de protección que un análisis teleológico a la luz de la historia, muestra que la búsqueda de proteger la vida animal no es un tema reciente, ni novedoso a propósito de ciertos hitos en la historia de los países¹⁴. Discusión que no se abordará en esta oportunidad, es qué tan efectiva es dicha consagración, y si en la praxis se da cumplimiento a los mencionados instrumentos.

Los instrumentos internacionales revisten una importancia particular. En Chile, los Tratados Internacionales están incorporados a nivel constitucional. Es la Constitución Política de la República, la que en su artículo 5° inciso segundo manda a los órganos del Estado el deber de respetar los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

El plano internacional, es entendido con base a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Se vuelve a hacer referencia a los Tratados que versan sobre Derechos Humanos. Hay una concepción *pro homine*, no una concepción *pro natura* o, lo que se esperaba encontrar en esta investigación, directamente un paradigma *pro animalis*.

IV

EL *SOFT LAW* COMO MODELO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL HACIA LOS ANIMALES

El *soft law*, es el grupo de instrumentos que reflejan recomendaciones o aspiraciones del sistema internacional no recogidas aún en normas de Derecho¹⁵. No se pudieron encontrar en esta investigación tratados internacionales que reconozcan titularidad de derechos a los animales. Sin embargo, los aportes internacionales desde el *soft law* específicamente los del Sistema Interamericano han resultado interesantes.

Es en este contexto, que una fuente de *soft law* ha sido muy influyente en esta materia, es la opinión consultiva 23 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("CIDH"). En este apartado, se desarrollará la idea de que en este instrumento los supuestos de hecho de los que nace la consulta, comprende la protección animal y si bien no es un tratado, ha influenciado poderosamente en la idea de protección internacional.

¹⁴ A nivel comparado, esto está presente en las legislaciones de Alemania, Egipto, Brasil y el reciente debate en Suiza para seguir el mismo camino ya a nivel constitucional.

¹⁵ BOYLE, Alan. *soft law* in international law-making. In: MALCOLM, Evans. *International Law*. Third Edition. Great Britain. Oxford University Press. 2010. p. 121-140.

V

LA OPINIÓN CONSULTIVA 23 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, UN POSIBLE INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN ANIMAL

Una opinión consultiva es un dictamen emitido en Derecho, por un Tribunal Internacional, en este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pronunciándose sobre el análisis jurídico de una cuestión que se le presenta. A pesar de no tener un efecto de obligación, su valor jurídico es comúnmente reconocido y respetado.

En 2016, el Estado de Colombia ingresó una solicitud a la CIDH a propósito de las comunidades isleñas, por proyectos o actividades que afectan el medio ambiente marino. Este último punto, resulta central porque comprende a la vida marina, los animales marinos.

En 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio a conocer su respuesta, el texto se conoce como "Obligaciones Estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad física. Interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación a los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". Se pasará a analizar su contenido.

El pronunciamiento, reafirma una serie de principios en materia ambiental y en materia de derechos humanos. La CIDH lo amplía en los siguientes términos, que pueden leerse en el párrafo 35, donde precisa las disposiciones del Pacto de San José en materia ambiental, y recuerda a los Estados la relación intrínseca de los derechos humanos con la defensa del medio ambiente:

"35. Esta Corte ha indicado que, en aras del interés general que revisten sus opiniones consultivas, no procede limitar el alcance de las mismas a unos Estados específicos. Las cuestiones planteadas en la solicitud trascienden el interés de los Estados parte del Convenio de Cartagena y son de importancia para todos los Estados del planeta. Por tanto, este Tribunal considera que no corresponde limitar su respuesta al ámbito de aplicación del Convenio de Cartagena. Además, tomando en cuenta la relevancia del medio ambiente en su totalidad para la protección de los derechos humanos, tampoco estima pertinente limitar su respuesta al medio ambiente marino¹⁶".

Retomando la propuesta, en un mundo internacional orientado hacia la defensa y promoción de los derechos humanos, y no a los derechos de los animales, tal vez con herramientas como la Opinión Consultiva 23 de la CIDH se pueda dar esa tan

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-23/17*. 2017. (102p.). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

anhelada protección, aunque no involucre una titularidad de derechos. Sin embargo, a continuación se verá que el *soft law* exige notables esfuerzos argumentativos que hasta la fecha, para la protección animal ha sido muy difícil de conseguir.

VI

CRÍTICAS AL *SOFT LAW* POR NO PROTEGER A LOS ANIMALES NO HUMANOS

A pesar de que postular al *soft law* para proteger la vida animal podría ser plausible, es preciso advertir su impacto en el ordenamiento jurídico chileno. Algunos caracterizan a la cultura jurídica chilena como legalista¹⁷.

Chile se encuentra sumergido en normas internacionales, todas aplicándose al mismo tiempo, el desuetudo en el ordenamiento jurídico interno no provoca la pérdida de vigencia de la norma. La tradicional distinción de las fuentes del Derecho retoma protagonismo, las fuentes formales son distintas a las materiales. Efectivamente, la opinión de un experto podría ilustrar para hacer modificaciones legales orientando al Congreso; las resoluciones de organismos, grupos de trabajo, expertos independientes o comisiones pueden ser de ayuda para adecuar el Derecho interno al Derecho Internacional. Pero ninguno de los mencionados crea Derecho directamente, desde otro plano esto contribuyó a su creación indirectamente, como fuente indirecta del Derecho. El *soft law* no está contemplado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Si el Estado como práctica, y mediante un acto soberano decide que esa será su *opinio iuris*, es su prerrogativa. En esta parte de esta investigación no fue posible descubrir algún indicio de que la *opinio iuris* del Estado de Chile sea, a la fecha, para dar una titularidad de derechos a los animales en el Ordenamiento Jurídico Nacional.

Siendo así, interpretar la Opinión Consultiva 23 ya comentada anteriormente, puede ser tomada como una interpretación demasiado forzada, pasándose de sus límites reales. La trascendencia de estos instrumentos no vinculantes ha tenido éxito cuando han sido aplicadas y adecuadas por cada Estado. El éxito de la Opinión Consultiva 23, consiste en que no siendo desde un plano legal jurídicamente vinculante, ha demostrado ser en su mayoría seguida por los Estados de todas formas. El contenido de esta guía puede, claro está, llegar a cristalizarse en una fuente jurídica: tratado, costumbre, principio general e incluso algún acto jurídico unilateral. Solo el tiempo lo dirá.

A la luz de los hechos, y del proceso por el que está pasando nuestro país, esta realidad parece estar distante.

¹⁷ Una vez en que un premio Nobel de literatura visitó Chile, una de las impresiones que compartió fue decir que nunca había estado antes en un país donde se vendieran las leyes en los kioscos.

VII DISEÑOS EN OTROS PAÍSES

En otras legislaciones, han existido importantes avances en esta materia. En Francia, la Ley N°76-629 de 10 de julio de 1976, relativa a la protección de la naturaleza, ha calificado al animal como un ser sensible¹⁸. Actualmente esta disposición ha sido codificada en el Código Rural. Según ella, todo animal es un ser sensible y debe mantenerse por su propietario en condiciones compatibles con los imperativos biológicos de su especie (artículo 214-1). En Suiza, el Código Civil Suizo (artículo 641 a) señala que los animales no son objetos, aun cuando se regulan por las normas de estos, en la medida que no existan disposiciones especiales. En Alemania, el artículo 90 A del Código Civil dispone que los animales no son cosas, aun cuando estén regulados por las reglas de estas últimas, con las modificaciones necesarias, ellos, se encuentran protegidos por estatutos especiales. En Colombia, el Código Civil (artículo 655) reconoce la calidad de seres sintientes a los animales.

Como se puede apreciar, existen legislaciones que han desarrollado la protección animal, en general hay que mirar con detención estas normas porque no todas pertenecen a la tradición de Derecho Continental que tiene Chile, y tienen otras instituciones y programas de políticas públicas, con el debido financiamiento para garantizar que se materialicen estos mandatos legales. En algunos países de los comentados está más reforzada la idea de gobierno abierto, y de la participación ciudadana. Por eso, en general se recomienda hacer el estudio comparado con países de tradición jurídica similar. Lo que corresponde hacer, es un análisis de cuáles normas serían viables de promulgar en Chile, haciendo las adecuaciones necesarias para que estén en armonía con este marco normativo, por las razones expuestas anteriormente, pues es una condición necesaria. El proceso es más complejo que traspasar la redacción de una norma ajena a nuestro ordenamiento jurídico e introducirla sin entender las lógicas internas de los sistemas.

VIII POSIBLES EFECTOS DE SEGUIR EL CAMINO DE LOS PAÍSES COMENTADOS

Una eventual modificación del Código Civil de Chile para cambiar la naturaleza de los animales, pasando a ser seres sintientes y no cosas, podría tener un efecto acotado, no alterando necesariamente la legislación aplicable que sujeta a los animales, muy ligada al Derecho Civil, falta un estatuto global de protección.

¹⁸ Artículo L 214-1 Código Rural. Francia (10.06.76): "Todo animal que sea un ser sensible debe ser colocado por su dueño en condiciones compatibles con los imperativos biológicos de su especie". [en línea] Disponible en: https://aida.ineris.fr/consultation_document/2195

Por otra parte, que hayan penas para quienes perpetran maltrato animal no es suficiente, pues ese es solo un sistema de última *ratio*, el fenómeno es más transversal. Si Ciencia del Derecho les reconoce su dignidad¹⁹, tal como se señaló, se cumple el objetivo de que quede establecido en el Derecho positivo. Es el paso inicial para cambiar el estado de situación actual.

En Chile, desde 2009, la Ley N° 20.380 reconoce a los animales como “seres vivientes y sensibles que forman parte de la naturaleza” (artículo 2 inciso primero). Esta calificación no implica necesariamente que para dicha disposición, los animales dejen de ser visto como meras cosas, o que exista un mandato expreso del legislador en pro de la defensa y promoción de la dignidad animal. También se puede volver la idea anterior, tomando la redacción del artículo, y sostener que los animales forman parte del medio ambiente o más sofisticadamente de la naturaleza. Es necesario profundizar en esta idea.

IX

LAS BASES LEGALES EN EL DERECHO INTERNO

La protección a los animales se ha conseguido a través de legislación especial de protección animal, el Derecho Ambiental también ha contribuido a este propósito.

Una posible aproximación se puede realizar a través del el Artículo 19 N°24 del Texto Constitucional, que reconoce y asegura el derecho de propiedad, enseguida se establece que uno de los límites para este derecho es la conservación del patrimonio ambiental. Comprendiendo a los animales dentro de este patrimonio ambiental, retomando lo expuesto anteriormente, puede sostenerse que habrían límites para que los animales estén supeditados exclusivamente al concepto de dominio propio del Código Civil. Es una vía, pero no la única. Tal vez, todas las propuestas sean complementarias, y no son excluyentes como se podría llegar a pensar.

En el plano del dominio, se debe entonces repasar el tratamiento que se les ha dado a los animales en el Código Civil. Para poder demostrar por qué no es suficiente para proteger a los animales.

¹⁹ Sobre las nociones de dignidad, una propuesta sugiere incorporar el paradigma postulado por Martha Nussbaum a través de su teoría de ‘enfoque de las capacidades’.



LAS CONCEPCIONES EN EL DERECHO CIVIL

El Código Civil desde 1857, ha considerado a los animales como cosas muebles que pueden transportarse de un lugar a otro moviéndose ellas mismas²⁰, semovientes, así lo muestran los artículos 565, 566 y 567²¹. Examinar estas y otras disposiciones de la ley común, permitirán demostrar la insuficiente protección que tienen los animales desde estos artículos.

Al revisar otras disposiciones, se constatan normas que consideran a los animales como inmuebles o muebles. Es el caso, por ejemplo, del artículo 570 que reputa a los animales como inmuebles por destinación, o sea, cosas que por su naturaleza son muebles pero que por su destino se consideran inmuebles. El artículo 570 señala que:”

se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento. Tales son, por ejemplo: Los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas, y cualesquiera otros vivares, con tal que éstos adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo, o de un edificio”

Otra mención, más precisamente sobre insectos en este caso, son susceptibles de dominio, es el artículo 620 del Código Civil:

“Las abejas que huyen de la colmena y posan en árbol que no sea del dueño de ésta, vuelven a su libertad natural, y cualquiera puede apoderarse de ellas, y de los panales fabricados por ellas, con tal que no lo hagan sin permiso del dueño en tierras ajenas, cercadas o cultivadas, o contra la prohibición del mismo en las otras; pero al dueño de la colmena no podrá prohibirse que persiga a las abejas fugitivas en tierras que no estén cercadas ni cultivadas”.

²⁰ En 2015, hubo una campaña polémica, pero no por su contenido sino por su consigna. Señalaba “No son muebles”, a propósito de lo que indicaba el Código Civil. Lo que en verdad se buscaba, era consignar en la ley su calidad de seres sintientes. Nadie podría cuestionar que los animales se mueven o son entidades corporales, pues tienen una estructura física y perceptible por los sentidos. Da la impresión que por una primera lectura, hubo una confusión con los enseres de las casas, oficinas y locales, por la vaguedad de la palabra.

²¹ Art. 565. Los bienes consisten en cosas corporales o incorpóreas. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Art. 566. Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles.

Art. 567. Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. Exceptuando las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 570.

Siendo que hay insectos que también son susceptibles de dominio, cabría ver si estas entidades también necesitan protección, a pesar que bajo la misma categoría propuesta, no son animales no humanos.

A la luz de estas disposiciones, queda manifiesta una determinada forma de ver la vida animal por la legislación común. Además, de una concepción de bienes comerciables o de alguna utilidad, un medio para llegar a un fin y no un bien en sí mismo; contrariando el pensamiento de REAGAN como se mencionó en la introducción.

Por otra parte, el Derecho Civil se ha preocupado de establecer regímenes de responsabilidad civil por los daños que provocan los animales.

Estudiando el régimen de responsabilidad civil por los daños que provoca un animal, el artículo 2326, afirma que el dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aun después que se haya soltado o extraviado; salvo que la soltura, extravío o daño no pueda imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal. Lo que se dice del dueño se aplica a toda persona que se sirva de un animal ajeno.

En ningún momento se califica su calidad de sintiente o que tiene dignidad. A su vez, el artículo 2327 señala que el daño causado por un animal fiero, del que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído. Nuevamente, medios para concretar fines e imputaciones de responsabilidad a humanos.

Otro estatuto, es el de los cetáceos, conforme a la Ley N°20.293, que Protege a los Cetáceos e Introduce Modificaciones a la Ley N°18.892, General de Pesca y Acuicultura. El artículo 2 de esta ley dispone:

“Se prohíbe dar muerte, cazar, capturar, acosar, tener, poseer, transportar, desembarcar, elaborar o realizar cualquier proceso de transformación, así como la comercialización o almacenamiento de cualquier especie de cetáceo que habite o surque los espacios marítimos de soberanía y jurisdicción nacional”.

Entonces, esta importante discusión es más profunda que reconocer una titularidad de derechos, un texto constitucional puede garantizar un principio de respeto a la dignidad animal, como seres sintientes. En definitiva, un deber del Estado en el cuidado y protección de los animales. Lo anterior, inspirado en que este deber deberá manifestarse en la obligación de intervención y de adopción de medidas positivas de los órganos públicos que componen el Estado con el objeto de implementar este principio de protección.

En línea con procurar la defensa y promoción de la dignidad animal, se han promulgado al menos dos normas de rango legal: la Ley N° 20.380 de 2009, sobre protección de animales, y la Ley N° 21.020 de 2017, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía. Cabe reseñar que la Ley N° 20.380 reconoce a los animales como “seres vivientes y sensibles que forman parte de la naturaleza” (artículo 2).

Sumadas a esas dos leyes, se han dictado otras normas administrativas, algunas de ellas son reglamentos a la Ley N° 20.3380, como lo es el Decreto N° 28 de 2012 del Ministerio de Agricultura que aprueba el reglamento sobre protección de los animales que provean de carne, pieles, plumas y otros productos al momento del beneficio en establecimientos industriales; el Decreto N° 29 de 2012 del Ministerio de Agricultura que aprueba el reglamento sobre protección de los animales durante su producción industrial, su comercialización y en otros recintos de mantención de animales; el Decreto N° 30 de 2012 del Ministerio de Agricultura que aprueba el reglamento sobre protección del ganado durante el transporte; se suman a estos reglamentos, otras disposiciones que buscan el bienestar de los animales, por ejemplo: los artículos del Código Penal que procuran castigar el maltrato o la crueldad contra los animales (Artículos 291 bis y 291 ter); algunas disposiciones de la Ley N° 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura, sobre bienestar (Artículo 13 F) y el Decreto N° 30 de 2013 de Agricultura sobre protección del ganado durante el transporte.

Es necesario recordar que el Derecho Penal es de última ratio, no puede la protección animal depender únicamente de normas de última *ratio*.

A continuación se pasará a estudiar el caso de los animales caninos. El caso de los perros, permite dar luces para encontrar una solución, pues existen demasiadas categorías que pueden aplicarse simultáneamente a un perro, pero ninguna de ellas vela por su bienestar. Esto, además, es una muestra de los efectos negativos de crear leyes inconexas en lugar de una reforma orgánica.

XI EL CASO DE LOS ASILVESTRADOS

Perro asilvestrado es el canino doméstico que ha vuelto al estado silvestre y ya no depende directamente del ser humano²². Para el manejo de estos animales, se estableció un programa de control de población canina. Lo que creó preocupación por entenderse como una licencia para matar jaurías.

La aplicación de la legislación especial en materia de caza, ha sido propuesta respecto de perros por dos vías. La primera ha sido la vía reglamentaria. Pero respecto de

²² La Organización mundial de Sanidad Animal (“OIE” por su nombre original de Oficina Internacional de Epizootias).

jaurías de perros salvajes o bravíos, como especie o animal dañino no prosperó, porque perdió su vigencia. La segunda vía ha sido la legislativa. Han aumentando las calificaciones y los regímenes. Lo que demuestra que la protección animal y la caza animal han corrido hasta ahora por cuerda separada, sin una conversación transversal entre los actores incumbentes, provocando distorsiones en el sistema, que socavan aún más la dignidad animal.

Los animales sean asilvestrados, domésticos, domesticables, bravíos o salvajes, carecen de una condición jurídica integral. No existe en la actualidad un estatuto orgánico. Terminando absorbidos por la legislación general que es el Derecho Civil. La ausencia de un régimen integral, que regule sus manifestaciones es suplida, en la práctica, por regímenes dispersos, que atienden a las consecuencias que sus comportamientos producen. La ley sobre los perros es un ejemplo de lo anterior. El régimen jurídico aplicable a los perros puede ser tan variado como lo son los efectos que sus comportamientos generan sobre las personas. Todo esto, en nada ayuda a cuidarlos del maltrato, o que se legisle sobre su dignidad.

Como no basta plasmar en un texto normas jurídicas, sino que también es importante analizar cómo estas leyes son aplicadas en casos concretos, se pasará al estudio de casos modelo donde la dignidad animal terminó comprometida, mostrando la insuficiencia de la legislación actual, para materializar la protección, defensa y promoción de la dignidad animal.

XII LOS CRITERIOS DEL JUZGADOR: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

En el presente apartado se analizarán sentencias modelo en materia de protección animal. Cada uno de ellos lleva consigo un criterio determinado. Se sintetizan algunos lineamientos que podrían llegar a constituir un punto de inflexión en el reconocimiento de la dignidad animal. Ahora se pasarán a estudiar algunos casos donde se disputa la protección animal.

1. CORTE SUPREMA ROL N° 29.268-2019

La materia es de tenencia de mascotas. Una mujer solicitó que se le permitiera mantener en su departamento a un bulldog por prescripción médica, como apoyo emocional para superar una depresión. A pesar de que el Reglamento de Copropiedad establecía una prohibición expresa de mantener animales. Por reclamo de los demás copropietarios, la administradora del edificio asumió que se estaba infringiendo el Reglamento y, consecuentemente no podía tener a su mascota. La defensa consistió en argumentar que ello constituye un acto abusivo, toda vez que la medida la deja sin otra opción que abandonar a su mascota si nadie la recibe,

configurándose una situación de maltrato animal. Además, sostuvo que ningún Reglamento de Copropiedad puede extenderse a otros bienes distintos que aquellos que corresponden a los espacios comunes.

La Corte Suprema de Justicia, resuelve acoger el recurso de protección por estimar que la prohibición, en este caso constituye una vulneración a los derechos de integridad psíquica e igualdad ante la ley, por lo que en su parte resolutive dispone que:

“la recurrida deberá permitir la permanencia, en la unidad habitacional en la que resida la recurrente, de la mascota de compañía de ésta”²³.

En este caso el criterio es visto desde los derechos de la dueña, sus derechos fundamentales estuvieron comprometidos, la Corte Suprema no analizó el aspecto de titularidad de derechos de la mascota, ni tampoco si la dignidad animal se comprometía con el eventual abandono.

2. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO ROL N° 1414-2017

La materia nuevamente es de tenencia de mascotas. El Reglamento de Copropiedad del edificio prohibía a los dueños mantener en su departamento a caninos. Se dejó sin efecto esta parte del reglamento, bajo el análisis jurisprudencial que se expondrá a continuación.

En el caso, la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo unánime, dio lugar a la demanda y ordenó modificar el reglamento impugnado. En esta materia, los reglamentos de copropiedad inmobiliaria debieran suscitar un particular interés, porque lo que se decida sobre este tipo de norma no sólo afecta a la parte demandante, sino que aplica por igual para todos los vecinos del condominio, hayan participado de la disputa por sus mascotas o no.

Se dispone que el reglamento es abusivo por forzar a una persona a incumplir las leyes de protección de los animales. La Corte invoca la ley N°21.020 de 2017, sobre tenencia responsable de mascotas o animales de compañía, para indicar que:

“Impedir mantener una mascota con sus dueños, implica un actuar abusivo, al colocarlo en la situación de tener que abandonar al animal en el supuesto que nadie lo reciba, lo que es sancionado actualmente como maltrato o crueldad animal conforme al artículo 291 bis del Código Penal, según lo señalado en el artículo 12 de la Ley 21.020, aunado a que se incumplirá las obligaciones de una tenencia responsable, en cuanto que si es dueño, al menos, corresponde

²³ Corte Suprema de Justicia. Crestto con Comunidad de Edificio SAFA. Acción de protección. Recurso de Apelación. (05.05.20). Rol N° 29.268-2019, considerando octavo.

proporcionarle buen trato, alimento, albergue, debiendo corresponder este último, según su artículo 10, al domicilio de su responsable —que será su dueña en este caso— o el lugar que se destine para su cuidado, pero esto último, en este caso, no puede tener lugar si se coacciona a su dueña a sacarlo del domicilio, pudiendo el retiro ser dañino para el animal colocando a la demandante en una situación de infringir el ordenamiento jurídico”²⁴.

El vínculo entre las relaciones de vecindad y los malos tratos a las mascotas es palmario. La Corte de Apelaciones en este caso sí desarrolló los alcances de la protección a los animales como se ha expuesto en el apartado anterior, atisbando incluso conductas que podrían constituir delito.

A continuación, se analizan acciones y omisiones constitutivas de delito de maltrato animal.

3. JUZGADO DE GARANTÍA DE SAN BERNARDO RIT C-8023-2011

El caso de la elefanta Ramba. Se acreditó que entre los años 2010 y 2011, el animal estuvo en condiciones inadecuadas, que configuraron una conducta de maltrato animal, tras haber usado previamente al animal entre los años 2007 y 2010 como parte de un espectáculo circense.

El análisis jurisprudencial puede recogerse en uno de sus considerandos cuando se afirma que:

“el delito analizado se satisface con la realización de la acción descrita, es decir, basta que el agente realice actos u omisiones que conlleven maltrato o crueldad sin que se exija que se produzca o no la muerte del animal. Ya que, interpretar la norma en el sentido de que sólo estamos en presencia de este delito cuando el animal no ha muerto y sólo ha sufrido maltrato o crueldad nos llevaría a concluir que para no ser sancionado penalmente, bastaría dar muerte al animal independientemente de que si hubo o no sufrimiento de parte de aquél antes de su muerte, lo que no resiste mayor análisis, ya que el bien jurídico protegido es el resguardo de valores éticos de la sociedad como son los sentimientos de piedad, misericordia, y protección hacia los animales, únicos elementos tal vez propios de la naturaleza humana, que son los distintivos de la especie, por tal motivo se tipificó como delito todos los actos de maltrato crueldad en contra de los animales, es decir, se les dotó de un estatuto privilegiado respecto de las demás cosas muebles por su cercanía con la vida familiar de las personas”²⁵.

²⁴ Corte de Apelaciones de Santiago. Zarzar Kahwagi Isabel con Comunidad edificio Aconcagua - Condominio Parque Lo Gallo II. Recurso de apelación. (06.06.18). RIT 1414-2017, Considerando sexto.

²⁵ Juzgado de Garantía de San Bernardo. Ministerio Público y Florencia Trujillo Aburto con Joaquín Gastón Maluenda Quezada. Acción penal por maltrato o crueldad animal. (20.03.13). RIT 8023 - 2011, Considerando noveno.

Varios son los elementos para rescatar del citado análisis. Lo primero que señala es que conductas que vayan en contra de la dignidad animal (de ahí el elemento del sufrimiento) son conductas que constituyen delito. Lo segundo, es que el Juzgado de Garantía señala que esto tiene que analizarse desde un enfoque ético, aquel que permite pensar en una protección desde el Derecho para la protección animal, como se señaló al comienzo de este trabajo. Finalmente, destaca su valor de protección adicional, por sobre otras entidades, y enfatiza en un vínculo intrínseco con la humanidad, lo que es bastante loable si entendemos a la sentencia como una ley entre las partes.

4. CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA ROL 169-2008

El delito de maltrato o crueldad animal se encuentra tipificado en el artículo 291 bis del Código Penal, los hechos que fueron objeto del juicio de primera instancia, se trataron del maltrato sufrido por una yegua de propiedad del imputado, consistentes en encontrarse a pleno sol, a la intemperie, en un sitio lleno de excremento, con escasa comida, en evidente estado de abandono. La Corte de Apelaciones reafirma el principio de dignidad animal al indicar que:

“cabe estimar que el legislador, ni en la letra de esta disposición, ni en su espíritu ha contemplado la obligación de exigir una conducta positiva para que se verifique este ilícito, considerando la indefensión en que los animales domésticos se encuentran frente al ser humano, por lo que la conducta agresiva hacia uno de ellos bien puede expresarse en una simple omisión, que en la especie aparece prolongada en el tiempo como aparece reseñado claramente en el motivo octavo del fallo que se revisa”²⁶.

Habiendo revisado casos de tenencia y de maltrato animal, se estudiará ahora un caso donde ni siquiera advirtiendo un vínculo entre los animales y el medio ambiente ha sido suficiente para evitar el asesinato de lobos marinos.

5. CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO ROL 259-1999

Lobos marinos sin protección. Se dispone que la acción de protección es para las personas, quedando fuera otras formas de vida²⁷. En otras palabras, la autoridad administrativa al autorizar el exterminio de 40 lobos marinos actuó dentro de sus facultades.

Uno de los puntos centrales de este caso es su mirada antropocéntrica respecto de la acción constitucional de protección. Otro punto que queda manifiesto, es la insuficiencia de la variable de protección del medio ambiente en este caso concreto para evitar la

²⁶ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Ministerio Público con Álvarez. Acción penal por maltrato animal. (26.08.08). Rol N° 169-2008, considerando segundo.

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sociedad de amigos de los animales con Subsecretaría de Pesca. Acción de protección. Apelación. (25.02.99). Rol N° 259-1999, considerando décimo

muerte de las especies. Es posible postular que tal vez la decisión hubiese sido distinta, de haber contado con un principio constitucional de protección de la dignidad animal.

Como se puede apreciar, con esta muestra representativa de la realidad jurisprudencial, es poco halagüeño el panorama para la búsqueda de la titularidad de derechos para los animales no humanos. Sin embargo, si es posible vislumbrar una protección a los animales mediante la protección de su dignidad. La Constitución Política pareciera ser una buena solución, pues se establecerían obligaciones para el Estado, que impactaría en los órganos públicos.

XIII COMENTARIOS FINALES

A través de la normativa nacional e internacional, la doctrina y la jurisprudencia local estudiada, queda claramente establecido el enfoque humano de la cuestión. No hay, a la fecha, un reconocimiento de titularidad de derechos a los animales en Chile. En este estado de la situación, otras fórmulas y soluciones podrían proteger la dignidad de los animales como seres sintientes. Más que derechos en sí mismos, sería deseable consagrar un principio en la Constitución de protección de dignidad para los animales, o similar²⁸. Así se podría reinterpretar la ley de mejor forma en favor de los animales. Esto ayudaría a evitar su maltrato y, permitiría los castigos adecuados para quienes permitan que sufran tratos crueles o degradantes. Lo que en consecuencia, traería una mejor aplicación de la ley por parte de los Tribunales de Justicia, y nutriría el debate doctrinario en nuestro medio nacional. Nos permitiría instalar este tema de actualidad en la discusión científica.

XIV CONCLUSIÓN

Cuando la protección es válida, es posible establecer programas en la Constitución, también límites legales al actuar de las personas.

Un programa constitucional que promocióne una nueva cultura constitucional en Chile, podría ser perfectamente consagrar el principio de promoción y defensa de la dignidad animal, como seres sintientes. Sería sin duda un avance en nuestra Carta Fundamental.

Chile tiene enormes oportunidades para estar a la vanguardia en esta materia.

²⁸ Con esto el debate no se agota. Para quienes critican señalando que esto no basta, tienen razón y habría que responder que sin duda hay roces importantes entre los modelos. Pero quien va a adoptar esa postura tiene entonces que definir, si no es este sistema, cuál es entonces su mejor reemplazo. Quienes con energía sostienen lo primero, se aproximan con timidez a lo segundo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- › BOYLE, Alan. *soft law* in international law-making. International Law. Third Edition. Malcolm EVANS. Great Britain. Oxford University Press. 2010.
- › CHIBLE, María José. Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho. Revista *Ius et Praxis*. Talca, Chile. 2016. N° 22(2):373 – 414.
- › SINNOTT-ARMSTRONG, Walter, Consequentialism. En: ZALTA, Edward. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Stanford, EE.UU. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2019.
- › SQUELLA, Agustín. Introducción al Derecho. (1ª edición), Santiago, Chile. Thompson Reuters, 2014.

NORMATIVA CITADA

- › Código Civil de la Confederación Suiza (2019). Disponible en: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html>.
- › Código Civil de la República de Chile, DFL N°1 (2000). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>.
- › Código Civil de la República de Colombia (2016). Disponible en: <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/LEY%201774%20DEL%206%20DE%20ENERO%20DE%202016.pdf>.
- › Código Civil de la República Federal de Alemania (2002). Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0267. Código Penal de la República de Chile (2019). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984&idParte=0>.
- › Código Rural. Francia (10/06/1976). Artículo L 214-1. Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=B819DF09F10706FF914ED-D4E096592F7.tpdila15v_2?idArticle=LEGIARTI000022200245&cidTexte=LEGI-TEXT000006071367&categorieLien=id&dateTexte=.
- › Constitución Política de la República de Chile. Chile. (1980). Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>. Decreto 430. Chile. (21/01/1992). Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.892, de 1989 y sus modificaciones, Ley General de Pesca y Acuicultura. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=13315>.
- › Ley N° 21.020. Chile. (02/08/2017). Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía. Ministerio de Salud. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1106037&buscar=21020>.

- › Ley N° 20.380. Chile (03/10/2009). Sobre Protección de Animales. Ministerio de Salud; Subsecretaría de Salud Pública. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1006858>.
- › Ley N° 20.293. Chile. (25/10/2008). Protege a los cetáceos e introduce modificaciones a la ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura. Ministerio de Economía; Fomento y Reconstrucción; Subsecretaría de Pesca. Disponible en: http://www.subpesca.cl/portal/615/articles-8992_documento.pdf.

JURISPRUDENCIA CITADA

- › Corte de Apelaciones de Antofagasta. Ministerio Público con Álvarez (26.08.08). Rol N° 169-2008.
- › Corte de Apelaciones de Santiago. Zarzar con Comunidad Parque Lo Gallo II. Recurso de Apelación. (06.06.18). Rol N° 1414-2017. Disponible en: <https://www.pjud.cl/documentos/396543/0/PROHIBICION+MASCOTAS+EDIFICIO.pdf/a84c7aaf-a155-4837-8331-18f950505767>.
- › Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. 2017. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf.
- › Corte Suprema. Crestto con Comunidad Edificio SAFA. Acción de Protección. Recurso de Apelación. (05.05.2020). Rol N° 29.268-2019.
- › Corte Suprema. Sociedad de amigos de los animales con Subsecretaría de Pesca. Acción de protección. (25.02.99). Rol N° 259-1999.
- › Corte Suprema. Sociedad Minera Isla Riesco S.A. con Roderick Maclean. Casación de Fondo. (30.11.2010). Rol N° 3905-2010.
- › Juzgado de Garantía de San Bernardo. Ministerio Público con Maluenda. Acción penal por maltrato o crueldad animal. (20.03.2013). RIT C-8023-2011.

HACIA UN PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD ECOLÓGICA E INTERESPECIES

TOWARDS AN ECOLOGICAL AND INTERSPECIES SOLIDARITY PRINCIPLE

ISRAEL GONZÁLEZ MARINO

ABOGADO

MAGÍSTER EN DESARROLLO CURRICULAR Y PROYECTOS EDUCATIVOS, UNIVERSIDAD ANDRÉS BELLO

MÁSTER EN DERECHO ANIMAL Y SOCIEDAD, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA

PROFESOR, UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE

ISRAEL.GONZALEZ@UCENTRAL.CL

Resumen: La actual crisis ambiental es consecuencia de un modelo de desarrollo basado en la dualidad sujeto-objeto, que cosifica y explota especialmente a todo lo no humano. Aunque en los últimos años se ha avanzado en la protección jurídica de la naturaleza y de los animales no humanos, su abordaje desde el Derecho sigue siendo binario. De ahí que la solidaridad, entendida como la identificación con el otro y la consecuente responsabilidad colectiva de atender a sus necesidades, surge como un valor indispensable para la generación de un nuevo pacto social que nos permita asegurar la continuidad de la vida en el planeta, bajo parámetros de justicia que no distingan arbitrariamente entre especies. Así, una solidaridad tomada en serio no sólo comprende a quienes pertenecemos a la especie humana, también a la naturaleza y, con especial urgencia, a los demás animales no humanos. Dicha solidaridad, en el ámbito jurídico, debe ser consagrada como un principio que permita compatibilizar la conservación de la biósfera y de los animales no humanos, en tanto individuos sintientes.

Palabras clave: Solidaridad Interspecies, Solidaridad Ecológica, Binarismos, Cosificación, Animales No Humanos.

Abstract: The current environmental crisis is the consequence of a development model based on the subject-object duality, which objectifies and exploits especially all non-human. Although in recent years progress has been made in the legal protection of the environment and of sentient beings, its approach from the Law continues to be binary. Hence, solidarity, understood as identification with the other and the consequent collective responsibility to attend to their needs, arises as an indispensable value for the generation of a new social pact that allows us to ensure the continuity of life on the planet, under parameters of justice that do not arbitrarily distinguish between species. Thus, a solidarity taken seriously not only includes those of us who belong to the human species, but also to nature and, with special urgency, to other non-human animals. That solidarity, in the legal sphere, must be enshrined as a principle, which makes it possible to reconcile the conservation of the biosphere and non-human animals, as sentient individuals.

Keywords: Interspecies Solidarity, Ecological Solidarity, Binarisms, Reification, Non-Human Animals.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, todas las naciones, especialmente las más desarrolladas, se han convertido en sociedades depredadoras de la naturaleza¹. Muestra de aquello es, según el Summary for Policymakers del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático², que las actividades humanas han causado aproximadamente 1°C de calentamiento global por encima de los niveles preindustriales y, dada la actual tendencia, es probable que dicho calentamiento alcance 1.5°C entre 2030 y 2052, si continúa aumentando a este ritmo. Lo más preocupante es que este calentamiento persistirá durante siglos a milenios, y continuará causando más cambios a largo plazo en el sistema climático.

Al respecto, LLANOS nos presenta un preocupante recorrido por las diversas consecuencias del cambio climático en el medio natural, como la deforestación, el derretimiento de glaciares, el aumento del nivel del mar, la contaminación de los océanos, la extinción de especies y la pérdida de la biodiversidad. Todas, cuestiones que, de una u otra manera, terminan afectando la salud humana, aumentando la mortalidad, la pobreza y las migraciones; lo que, en definitiva, merma el ejercicio efectivo de una serie de Derechos Humanos³. De acuerdo a Naciones Unidas, “cada día, en diferentes puntos de la geografía mundial, el planeta nos manda mensajes sobre las enormes transformaciones que está sufriendo: desde cambiantes pautas meteorológicas que amenazan la producción de alimentos; hasta el aumento del nivel del mar que incrementa el riesgo de inundaciones catastróficas. Los efectos del cambio climático nos afectan a todos. Si no se toman medidas drásticas desde ya, será mucho más difícil y costoso adaptarse a sus efectos en el futuro”⁴.

Pero lo cierto es que, hasta el momento, no parece que como humanidad estemos escuchando el alarmante llamado de atención que nos hace la ciencia, y que SKUBAŁA expresa de la siguiente manera: “el verdadero mensaje de la advertencia es simple y dramático: pronto será demasiado tarde para nosotros. Ya es hora de despertarse y comenzar a trabajar. Estamos experimentando el sexto evento de extinción, y a pesar de los grandes esfuerzos de muchos científicos y educadores, este mensaje crítico aún no ha llegado a una parte significativa de la sociedad”⁵.

1 REYNOSA, Enaidy. *Crisis ambiental global. Causas, consecuencias y soluciones prácticas*. Múnich, Alemania. GRIN Verlag GmbH. 2015.

2 GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO. *Summary for Policymakers - Global warming of 1.5°C*. 2019.

3 LLANOS, Hugo. *El Derecho Internacional y el Cambio Climático*. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 2018.

4 Ver: <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/climate-change/index.html>

5 SKUBAŁA, Piotr. World Scientists’ Second Warning to Humanity: The Time for Change Is Now. *BioScience*. Oxford, Inglaterra. 2018. 4(68): 238–239. p. 238 (traducción propia).

En este escenario, corresponde preguntarnos ¿qué es lo que hemos estado haciendo mal desde el Derecho? Y más importante ¿qué deberíamos hacer? Para aproximarnos a una respuesta, veremos cómo la actual crisis ambiental, que pone en riesgo nuestra propia existencia y la vida tal y como la conocemos, es producto de una actitud antropocéntrica y cosificadora de todo lo no humano, donde, además de la naturaleza, son millones los animales no humanos que sufren día a día las consecuencias de ser considerados como objetos ante el Derecho.

Luego, revisaremos que si bien en los últimos años se ha avanzado hacia el reconocimiento de derechos en favor de la naturaleza y de algunos animales no humanos, lo cierto es que ello ha ocurrido en casos puntuales, de modo que para ellos, en términos generales, la situación no ha cambiado sustancialmente. Lo anterior, pues nuestra relación jurídica con todo lo no humano se sigue basando en un esquema dual o binario, que tiende a la cosificación.

En respuesta, y reconociendo nuestra íntima interrelación e interdependencia, incluso unidad, con la naturaleza y sus múltiples manifestaciones, abogamos por la superación del paradigma dual o binario del Derecho, que ha perpetuado y legitimado relaciones de dominación de unos a otros, mediante su cosificación. Así, desde un esquema no binario, respaldamos la necesidad de avanzar hacia la consagración de un principio de solidaridad que permita superar las miradas duales o binarias de la realidad, donde la protección de la naturaleza y de los demás animales sea compatible y pueda ser entendida como una necesidad ineludible, más allá de nuestros intereses humanos. En definitiva, respaldamos la idea de avanzar hacia una solidaridad ecológica e interespecies que, en el ámbito jurídico, debería consagrarse como un principio.



LAS CONSECUENCIAS DE LA COSIFICACIÓN DE LO NO HUMANO

La crisis medioambiental y, en particular, la problemática animal, constituyen hoy asuntos que ponen en jaque la comprensión que tenemos de nuestro entorno y, en especial, el lugar que ocupamos en el mundo⁶. En tal sentido, GÓMEZ explica que lo que sucede hasta ahora, desde el Derecho, es una delimitación de quiénes son dignos de ser sujetos de derecho y quiénes no. La autora precisa que los juristas, abogados o jueces, muchas veces insisten en formas de sometimiento hacia lo no humano y que, para lograrlo, reproducen definiciones y/o significados que se instalan como discursos y relatos que se normalizan al interior de las comunidades jurídicas, que fomentan argumentos que cosifican y se replican por generaciones, como las dicotomías y/o

6 GONZÁLEZ, Israel. Centrismos y animalidad. En: GONZÁLEZ MARINO, Israel (Coordinador). *Aproximaciones filosóficas y jurídicas al Derecho Animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2016. p. 65-78.

disyunciones como la dualidad sociedad/naturaleza, sujeto de derecho/cosa, o humano/entorno⁷.

La ganadería industrial es una de las tantas consecuencias de estas dicotomías que tienden a cosificar a todo lo no humano. Como indica ROMERO, la cría, engorde, transporte y matanza de animales en este contexto suelen caracterizarse por condiciones de extremo sufrimiento, especialmente tras la industrialización e intensificación de la producción que han tenido lugar durante las últimas décadas. De ahí que, dado el alcance de la ganadería y la gravedad de los daños que produce, la situación de los animales explotados para consumo humano es uno de los asuntos éticos más apremiantes e ineludibles de nuestra época⁸.

Pero las consecuencias de la ganadería industrial se extienden incluso más allá de sus millones de víctimas inocentes. Desde la perspectiva ambiental, los antecedentes son claros: un estudio conducido por VANHAM y su equipo concluyó que reducir el consumo de carne disminuiría la presión sobre la tierra y el agua y, por tanto, nuestra vulnerabilidad al cambio climático⁹. Por su parte, HERRERO y su equipo estimaron que el sector ganadero podría representar hasta el 50% del potencial de mitigación global del sector agrícola, forestal y de uso de la tierra; y precisaron que la tendencia mundial continua de aumentar el consumo de carne no es compatible con la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero¹⁰. A su vez, según el capítulo V del informe *Climate Change and Land* del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, la producción de alimentos de origen animal emite una mayor cantidad de gases de efecto invernadero que los cultivos en crecimiento, especialmente en sistemas ganaderos industriales intensivos¹¹. Asimismo, un estudio reciente indica que pasar de las dietas actuales a una dieta que excluya productos de origen animal tiene un potencial transformador, reduciendo el uso de la tierra en alimentos en un

7 GÓMEZ, Taeli. Una epistemología del animal humano-no humano para las Ciencias Jurídicas: alas para un nuevo conocimiento jurídico. Vivir o morir... esa es la cuestión. En: GONZÁLEZ MARINO, Israel (Coordinador). *Personalidad Jurídica de los animales no humanos y nuevas tendencias en Derecho Animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2019. p. 127-141.

8 ROMERO, Daniela. Reformas de bienestar: posibilidades de legislar hacia el fin de la explotación animal en la ganadería. En: CHIBLE, María José y GALLEGGO, Javier (eds.). *Derecho Animal: teoría y práctica*. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 2018. 466p. p. 345-372.

9 VANHAM, Davy; HOEKSTRA, Arjen y BIDOGLIO, Giovanni. Potential water saving through changes in European diets. *Environment international*. 2013. 61: 45-56.

10 HERRERO, Mario et al. Greenhouse gas mitigation potentials in the livestock sector. *Nature Climate Change*. 2016. 5(6): 452-461.

11 GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO. *Climate Change and Land*. 2019.

76%, las emisiones de gases de efecto invernadero de los alimentos en un 49%, y las extracciones de agua dulce en un 19%¹²; además de la reducción de las emisiones anuales de los alimentos, la tierra que ya no se necesitaría para la producción de alimentos podría eliminar alrededor de 8.1 mil millones de toneladas métricas de CO₂ de la atmósfera cada año durante 100 años, a medida que la vegetación natural se restablezca y el carbono del suelo se vuelva a acumular¹³.

Desde la Salud Pública, los datos son también alarmantes. SPRINGMANN y su equipo imaginaron varios escenarios dietéticos potenciales en 2050, comparando los costos relacionados con el cuidado de la salud y el clima, si el mundo mantiene su dieta actual con mucha carne, en lugar de cambiar a una dieta que cumpla con las pautas dietéticas globales estándar. Las conclusiones del estudio indican que, diferenciado por factor de riesgo, más de la mitad de las muertes evitadas (51-57%) se debieron a una disminución en el consumo de carne roja. Así, los cambios en el consumo de carne roja, frutas y verduras y en la ingesta total de energía podrían dar como resultado reducciones en la mortalidad total del 6 al 10%, en comparación con una dieta de referencia en 2050¹⁴.

Sin embargo, según ya adelantamos, la industria ganadera es sólo una de las manifestaciones concretas de la cosificación de los animales no humanos. En este sentido, FERNÁNDEZ de manera desgarradoramente real, grafica la transversalidad de la violencia ejercida a diario hacia todos los animales no humanos, más allá del ámbito de la ganadería:

“Desde el insecto pisado porque asusta o molesta, pasando por los animales encerrados en zoológicos o acuarios; aquellos utilizados como objeto de experimentación médica, cosmética o militar, que sufren en sus cuerpos la vivisección, son forzados a ingerir o absorber en su piel sustancias tóxicas, expuestos a descargas eléctricas, hambre, aislamiento, etc.; quienes viven tan solo unos pocos años, encerrados, para engordar y acabar asfixiados o congelados vivos (en el caso de los peces) o desangrándose hasta morir en la línea de un matadero (en el caso de los animales terrestres considerados de granja), para que su cuerpo pueda ser consumido; hasta a quienes se les arranca su propia piel para que los humanos puedan abrigarse, teniendo a nuestro alcance numerosos

¹² Para un año de referencia 2010. Tales rangos incluyen la producción de nuevas proteínas vegetales.

¹³ POORE, Joseph y NEMECEK, Thomas. Reducing food's environmental impacts through producers and consumers. *Science*. Washington, EE.UU. 2018. 6392(360): 987-992.

¹⁴ SPRINGMANN, Marco et al. Analysis and valuation of the health and climate change cobenefits of dietary change. *Proceedings of the National Academy of Sciences*. Washington, EE.UU. 2016. 113(15): 4146-4151.

abrigos compuestos por fibras vegetales. La lista es infinita; los rostros y cuerpos de los no humanos oprimidos, inimaginable; el nivel de explotación que estos cuerpos sostienen desde su nacimiento hasta su muerte, extremo. Todos los animales no humanos, incluso aquellos que no están directamente explotados bajo control humano, están constantemente expuestos a la violencia directa o indirecta de origen humano. Algunos ejemplos de las violencias a las que están expuestos los animales que viven en la naturaleza son la caza o pesca 'deportivas' o el desplazamiento forzado de comunidades no humanas de los territorios donde vivían como consecuencia de la ocupación humana de esos espacios o como consecuencia del cambio climático"¹⁵.

En definitiva, las dimensiones de esta problemática son enormes y transversales. La cosificación de todo lo no humano, y su consecuente explotación, nos ha llevado a contraer una gran deuda con todo el planeta, cuyas proporciones podrían incluso llegar a costarnos la vida como actualmente la conocemos, así como la vida de individuos, especies y ecosistemas completos. Al respecto HORTA, con una mirada crítica pero esperanzadora, explica que cuando hay injusticias generalizadas, se vuelven difíciles de reconocer. Así, no es raro que quienes se benefician de ellas las consideren totalmente justificadas. Sin embargo, hay que recordar que las sociedades evolucionan, y las injusticias pueden ir siendo progresivamente cuestionadas¹⁶.



EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS A LOS NO HUMANOS

Como respuesta a la crítica cada vez más fuerte hacia la cosificación de lo no humano, en los últimos años se ha avanzado hacia el reconocimiento de derechos a la naturaleza y algunos animales no humanos. A continuación se revisan, en términos generales, ambos fenómenos.

1. EL CASO DE LOS ANIMALES NO HUMANOS

Tradicionalmente se ha sostenido que solamente respecto de los seres humanos puede existir Derecho y derechos, ya que aquel y éstos suponen racionalidad y libertad, además de alteridad, lo que sólo se daría en los humanos¹⁷. Sin embargo, hace algunos años se ha generado un fuerte cuestionamiento a este paradigma por

¹⁵ FERNÁNDEZ, Laura. Feminismos y liberación animal: alianzas para la justicia social e interespecie. *Tabula Rasa*. Bogotá, Colombia. 2019. 32: 17-37. p. 21-22.

¹⁶ HORTA, Oscar. *Un paso adelante en defensa de los animales*. Madrid, España. Plaza y Valdés. 2017. p. 200.

¹⁷ SOTO KLOSS, Eduardo. El derecho fundamental a vivir en un ambiente libre de contaminación: su contenido esencial. *Gaceta Jurídica*. Valparaíso, Chile. 1993. 151:22-27.

parte de varios filósofos (v. gr. SINGER¹⁸, REGAN¹⁹, FRANCIONE²⁰, NUSSBAUM²¹), quienes con sus diferencias y matices, han ido desvirtuando los fundamentos que lo sustentaban, resaltando las capacidades sensitivas y de conciencia de los animales, así como la relevancia moral de sus intereses; y criticando que sean la razón, la libre voluntad o la responsabilidad, aquello que fundamenta la tutela de intereses o el reconocimiento de derechos.

Es así como la constatación de la capacidad de algunos animales no humanos para tener experiencias subjetivas como placer o dolor, esto es, la sintiencia, ha sido uno de los factores que han permitido ir dando mayor relevancia ética y protección jurídica a los animales no humanos. Gracias a ello, según GONZÁLEZ, se ha ido abandonando la postura antropocéntrica y se ha avanzado hacia una sensocéntrica en el pensamiento ético²². En este sentido, PRIETO considera que otorgar derechos a criaturas que cumplen con criterios de sintiencia no parece banal, sino, al contrario, se trata de reconocer lo trascendental en criaturas que quizás no somos capaces de comprender del todo, pero que, de alguna forma, pertenecen a nuestra comunidad moral²³.

MULÀ explica que en la actualidad, el rechazo, la desafección o el desinterés de parte de la población respecto a espectáculos y actividades incompatibles con el bienestar animal son crecientes, y plantea que es moral y legalmente injustificable causar daño y sufrimiento a un animal y, en ese contexto, afirma que ningún Derecho Humano es absoluto y, por tanto, puede ser restringido para lograr un fin legítimo²⁴. Por su parte, FARGA adhiere a la idea de que, dado que los animales no humanos poseen los mismos intereses básicos que los seres humanos, no habría motivo racional para excluirlos de una protección mediante la concesión de derechos fundamentales²⁵.

18 SINGER, Peter. *Animal Liberation*. Londres, Inglaterra. Jonathan Cape. 1976.

19 REGAN, Tom. *Ethical Vegetarianism and Commercial Animal Farming. Today's Moral Problems, 3rd Edition*. Nueva York, EE.UU. Macmillan Publishing Company. 1985.

20 FRANCIONE, Gary. *Animals, Property and the Law*. Philadelphia, EE.UU. Temple University Press. 1995.

21 NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*. Massachusetts, EE.UU. Harvard University Press. 2006.

22 GONZÁLEZ, María de las Victorias. Derecho Ambiental y Derecho Animal. En: GONZÁLEZ, María de las Victorias. *Manual de Derecho Animal*. Buenos Aires, Argentina. Jusbaire. 2019. p. 19-25.

23 PRIETO, Marcela. Dignidad animal y dignidad humana. En: CHIBLE, María José y GALLEGU, Javier (eds.). *Derecho Animal: teoría y práctica*. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 2018. p. 13-49.

24 MULÀ, Anna. Animales utilizados en espectáculos y exhibiciones. En: CHIBLE, María José y GALLEGU, Javier (eds.). *Derecho Animal: teoría y práctica*. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 2018. 466p. p. 311-343.

25 FARGA, Javiera. Reflexiones desde la Teoría de las Preferencias Fundamentales ¿Derechos Humanos para los animales. En: GONZÁLEZ, Israel (Coordinador). *Personalidad jurídica de los animales no humanos y nuevas tendencias en Derecho Animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2019. p. 41-55.

En este sentido, PÁEZ postula que, dado que los animales no humanos poseen un interés en vivir, moral y políticamente relevante, tenemos la obligación de reformar nuestros sistemas jurídicos para que dicho interés sea garantizado de forma eficaz²⁶.

Es así como, a nivel legal, somos testigos de un generalizado robustecimiento de las sanciones penales ante el maltrato y crueldad hacia los animales no humanos, además de un creciente reconocimiento jurídico como seres sintientes en varios países²⁷. En esta línea, el reconocimiento legal de la sintiencia animal constituye un quiebre en la concepción tradicional del mundo basado en la dualidad sujeto-objeto²⁸. Sin embargo, lo cierto es que, como indican CONTRERAS & MONTES, en relación al caso de Chile, la categorización jurídica de los animales se ha mantenido estática y, en tal sentido, no se han incorporado los avances científicos relativos a la cognición, sintiencia y etología de los animales; y únicamente la normativa especial ha reconocido a los animales como seres sintientes, pero sólo con el objetivo de evitar ciertas prácticas especialmente crueles, sin crear acciones efectivas con las que se tutelen sus derechos. En consecuencia, detrás de este reconocimiento de los animales como seres capaces de sufrir y sentir placer, no hay un cambio real en su categoría de cosa, pues sobre ellos se siguen constituyendo derechos reales²⁹.

A nivel jurisprudencial, algunos fallos internacionales han materializado perspectivas jurídicas novedosas donde se visibiliza como sujeto al animal no humano (v. gr.

²⁶ PAEZ, Eze. La protección jurídica de la vida de los no humanos. Fundamentación teórica y mecanismos de tutela. En: CHIBLE, María José y GALLEGU, Javier (eds.). *Derecho Animal: teoría y práctica*. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 2018. p. 113-143.

²⁷ GONZÁLEZ, Israel. El fenómeno de las familias multiespecie y los desafíos que supone para el Derecho. En: GONZÁLEZ, Israel (Coordinador). *Personalidad jurídica de los animales no humanos y nuevas tendencias en Derecho Animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2019. p. 163-176.

²⁸ GONZÁLEZ, Javiera. Evolución del estatuto jurídico de los animales no-humanos en el derecho positivo. En: GONZÁLEZ, Israel (Coordinador). *Personalidad jurídica de los animales no humanos y nuevas tendencias en Derecho Animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2019. p. 57-80.

²⁹ CONTRERAS, Carlos y MONTES, Macarena. Los animales como cosas, seres sintientes y personas. En: GONZÁLEZ, Israel (Coordinador). *Personalidad jurídica de los animales no humanos y nuevas tendencias en Derecho Animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2019. p. 21-40.

Sandra³⁰, Cecilia³¹, Poli³²). El reconocimiento de este nuevo otro, aunque no sea pleno, conmueve la clasificación de los animales como cosas. Sin embargo, este reconocimiento jurisprudencial de derechos a los animales, aunque escaso y muy diverso, evidencia que los animales no humanos parecen estar ingresando paulatinamente a la comunidad moral, aunque se mantienen estratificaciones y predomina un discurso más bien laxo sobre la protección de sus intereses³³.

2. EL CASO DE LA NATURALEZA

PINTO y su equipo indican que es bastante difícil alterar visiones de mundo y antiguos paradigmas, pero no imposible. Así, la idea de considerar a la naturaleza como titular de derechos obliga a cambios significativos en nuestra relación con ella, pues implica dejar de considerarla como un bien y objeto de relaciones jurídicas³⁴. Pero aunque algunos países le han concedido la calidad de sujeto a la naturaleza, WOLKMER, WOLKMER y FERRAZZO señalan que, a pesar de ese reconocimiento expreso en la Constitución ecuatoriana y la legislación boliviana, en su tutela práctica, los fundamentos predominantes en muchas decisiones mantienen la orientación antropocéntrica de defensa del medio ambiente, como objeto necesario para la vida humana³⁵.

30 Cámara Federal de Casación Penal. Orangutana Sandra s/ recurso de casación s/ *habeas corpus*. (18.12.2014). Causa N° CCC 68831 2014 CFC1 [en línea] Disponible en <http://www.saij.gob.ar/download-archivo?guid=uvwnoved-ades-oran-guta-nasandra3pdf&name=orangutanasantandra3.pdf>

31 Tercer Juzgado de Garantías de Mendoza. Asociación de funcionarios y abogados por los derechos de los animales y otros contra GCBA sobre amparo. (03.11.2016). Expediente P-72254/15. [en línea] Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/download-archivo?guid=ovedades-afad-achi-mpan-cececi-liapdf&name=afada-chimpace-cecilia.pdf>

32 Primer Juzgado Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial. F. C/ S.R.M.R. P/ maltrato y crueldad animal. (20.04.15) No 36.598 [en línea] Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/05/fallos41037.pdf>

33 PADILLA, Andrea. Animales no humanos: nuevos sujetos de derecho. En: ESTUPIÑÁN ACHURY, Liliana; STORINI, Claudia; MARTÍNEZ, Rubén; DE CARVALHO, Fernando Antonio (Editores). *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá, Colombia. Universidad Libre. 2019. p. 389-421.

34 PINTO, Irene; CARNEIRO DE FREITAS, Patricia; AUGUSTO, Sergio y MALUF, Fabiano. La naturaleza como sujeto de derechos: análisis bioético de las Constituciones de Ecuador y Bolivia. *Revista Latinoamericana de Bioética*. Nueva Granda, Colombia. 2018. 34-1(18): 155-171.

35 WOLKMER, Antonio Carlos, WOLKMER, María de Fátima. y FERRAZZO, Debora. Derechos de la Naturaleza: para un paradigma político y constitucional desde la América Latina. En: ESTUPIÑÁN, Liliana; STORINI, Claudia; MARTÍNEZ, Rubén; DE CARVALHO DANTAS, Fernando Antonio (Editores). *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá, Colombia. Universidad Libre. 2019. p. 71-108.

En tal sentido, RONCAL sostiene que otorgarle “Derechos a la Madre Tierra” significa un proceso de reflexión, pero sobre todo de ruptura con el mundo capitalista que ha olvidando que la Tierra es el único espacio que tiene posibilidad conocida de vida, y que por ello se hace necesaria la búsqueda de construcción de sociedades distintas al dominio del capital³⁶. De esta manera, el reconocimiento de derechos a la naturaleza, lejos de ser un acto de violencia jurídica, es un intento de colocar a la naturaleza bajo del control de instituciones y discursos humanos, que descansa en un redescubrimiento de la inseparabilidad de lo humano y lo no humano³⁷. Tal camino tiene claros sus anhelos: un mundo reencantado alrededor de la vida, con diálogos y reencuentros entre seres humanos, en tanto individuos y comunidades, y de todos con la Naturaleza, entendiendo que somos un todo. Así, defender a la Naturaleza o Pachamama, de la cual formamos parte, es defendernos a nosotros mismos³⁸.

En definitiva, como se aprecia, aunque la protección hacia los no humanos es un tema que progresivamente ha ido cobrando mayor importancia en las distintas esferas del quehacer jurídico, su uso desmedido, irracional e ilimitado, resulta hoy inconcebible a la luz de los descubrimientos científicos, el análisis ético, la opinión pública, y los medios tecnológicos y materiales disponibles para satisfacer las necesidades básicas del ser humano³⁹.

Admitimos que reconocer jurídicamente a otras formas de vida como sujetos es, probablemente, una de las revoluciones más grandes que comienza a experimentar el Derecho, pues efectivamente se comienza a desdibujar la dualidad sujeto-objeto⁴⁰, pero lo cierto es que esto no cambia sus estructuras fundantes y, en particular, su lógica binaria o dual. A su vez, y aunque se trata de un fenómeno en constante expansión, en términos prácticos, el reconocimiento de derechos a los no humanos

³⁶ RONCAL, Ximena. La naturaleza... un sujeto con derechos. *Integra Educativa*. La Paz, Bolivia. 2013. 3(4): 121-136.

³⁷ COLÓN-RÍOS, Joel. Guardianes de la Naturaleza. En: ESTUPIÑÁN ACHURY, Liliانا; STORINI, Claudia; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén; DE CARVALHO, Fernando Antonio (Editores). *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá, Colombia. Universidad Libre. 2019. p. 207-226.

³⁸ ACOSTA, Alberto. Construcción constituyente de los derechos de la Naturaleza: repasando una historia con mucho futuro. En: ESTUPIÑÁN, Liliانا; STORINI, Claudia; MARTÍNEZ, Rubén; DE CARVALHO, Fernando Antonio (Editores). *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá, Colombia. Universidad Libre. 2019. p. 155-206.

³⁹ GONZÁLEZ, Israel. Animales no humanos como sujetos ante el Derecho y limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales: algunos desafíos a propósito de la jurisprudencia reciente. En: GONZÁLEZ MARINO, Israel (Coordinador). *Discusiones y desafíos en torno al Derecho Animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2018. p. 45-76.

⁴⁰ Ibid.

ha tenido lugar en casos puntuales y con un alcance acotado, de manera que para los animales no humanos y la naturaleza en general, las cosas no han cambiado sustancialmente. Así, aunque el reconocimiento de nuevos sujetos de derecho pueda resultar beneficioso para quienes quedan cubiertos por su titularidad, bajo el esquema dual o binario, seguimos considerando a otros, y a otras manifestaciones o realidades, como objetos que terminan siendo cosificados, explotados o aniquilados sin mayor límite. Esto es lo que lleva a plantearnos la necesidad de superar esa lógica dual o binaria desde el ámbito jurídico.

IV

NECESIDAD DE SUPERAR LA COMPRENSIÓN DUALISTA O BINARIA DE LA REALIDAD EN EL ÁMBITO JURÍDICO

Las concepciones binarias de la tradición filosófica clásica, especialmente de Platón y Aristóteles, extienden la división cuerpo y alma que genera una frontera entre el cuerpo (el placer carnal, la emoción, la sexualidad, las pasiones, etc.) y el alma o mente (la racionalidad, la capacidad de abstracción, el lenguaje verbal, etc.). Esta división, que más tarde será llevada al extremo con el racionalismo cartesiano, sustenta teóricamente la ontología binaria, esto es, la fragmentación del mundo en dicotomías que explican la realidad en base a binomios opuestos, ante los que existe uno socioculturalmente privilegiado⁴¹.

La forma que adopta el pensamiento occidental es también binaria, pues se encuentra constituida por dos categorías exclusivas y excluyentes, por pares antagónicos, por polos opuestos⁴². Binaria, asimismo, es la construcción de las identidades en Occidente, sean éstas de género, de clase, étnicas o políticas⁴³. En efecto, clasificamos todo en categorías binarias o duales: masculino o femenino; sujeto u objeto; humano o no humano; de izquierda o de derecha; individual o colectivo; etcétera.

El problema de esta comprensión, reduccionista a nuestro juicio, es que, por una parte, asume que toda realidad sólo puede encuadrarse en una categoría o en su opuesto, desconociendo la infinidad de matices que puedan manifestarse entre o más allá de ambos; pero más importante, esta contraposición de categorías suele derivar

⁴¹ FERNÁNDEZ, Laura. *Hacia mundos animales: una crítica al binarismo ontológico desde los cuerpos no humanos*. Madrid, España. Ochodoscuatro. 2018.

⁴² FRAGA, Eugenia. El pensamiento binario y sus salidas. *Revista Estudios Sociales Contemporáneos*. Mendoza, Argentina. 2013. 9: 66-75.

⁴³ ZULETA, Mónica; CUBIDES, Humberto y ESCOBAR, Manuel. *¿Uno solo o varios mundos? Diferencia, subjetividad y conocimientos en las ciencias sociales contemporáneas*. Bogotá, Colombia. Siglo del Hombre Editores. 2007.

en la opresión y violencia por parte de una hacia la otra. Así, en palabras de GÓMEZ, la separación humano - no humano no representa un capricho jurídico ni intelectual, sino más bien la autoconstatación de poder⁴⁴. Esto es lo que, de acuerdo a WARREN, responde a una "lógica de dominación", es decir, una estructura argumentativa que justifica la subordinación a través del principio de que la superioridad justifica la dominación⁴⁵.

Según WARREN, esta lógica de dominación ha operado históricamente desde el patriarcado para mantener y justificar la dominación de la naturaleza y las mujeres⁴⁶. En tal sentido, GAARD y GRUEN denuncian que, según el ecofeminismo, las crisis mundiales actuales son el resultado de las ideologías de racismo, sexismo, clasismo, imperialismo, naturismo y especismo que se refuerzan mutuamente. Tales ideologías, aunque conceptualmente aislables, se entienden mejor, de acuerdo al ecofeminismo, como campos de fuerza que se cruzan en otro (en mayor o menor medida, según el contexto real) para crear sistemas complejos de opresión⁴⁷. Así, las opresiones de género y especie, basadas en una configuración a partir de binarios, conciben categorías opuestas en las que una de ellas recibe el privilegio social y el poder, como son: cultura/naturaleza, humano/animal, hombre/mujer, razón/emoción, Occidente/Oriente, mente/cuerpo, etcétera; siendo la primera categoría de cada binario sobre la que recae el poder⁴⁸.

Esta lógica de dominación se expresa a través de distintas formas de violencia que, con sus matices, parecen tener un sustrato común. Así, aunque las violencias hacia las mujeres y toda identidad disidente de la heteronorma no son idénticas a las violencias ejercidas contra los animales no humanos, es posible afirmar que todas forman parte de una misma trama cuyo eje es un sistema de dominación articulado como patriarcado y reproducido hoy por el sistema capitalista⁴⁹. En efecto, son

44 GÓMEZ, Taeli. Una reflexión crítica sobre la dualidad sujeto-objeto y las consecuencias para los no-humanos. En: GONZÁLEZ, Israel (Coordinador). *Aproximaciones Filosóficas y Jurídicas al Derecho Animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2016. p. 17-34.

45 WARREN, Karen. Feminism and ecology: Making connections. *Environmental ethics*. Texas, EE.UU. 1987. 1(9): 3-20.

46 WARREN, Karen (ed.). *Filosofías ecofeministas*. Barcelona, España. Icaria Editorial. 2003.

47 GAARD, Greta y GRUEN, Lori. Ecofeminism: Toward global justice and planetary health. *Society and Nature*. 1993. 2: 1-35.

48 Op. cit. FERNÁNDEZ (2019).

49 CARRERA, Luciana; ANZOÁTEGUI, Micaela; y DOMÍNGUEZ, Agustina. Inserte "Animal" donde dice "Mujer" y viceversa: analogías entre la dominación sobre las mujeres y la dominación sobre los animales en el sistema capitalista heteropatriarcal. *Memoria Académica: IV Jornadas CINIG de Estudios de Género y Feminismos y II Congreso Internacional de Identidades*. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de la Plata. La plata, Argentina. 2016. p. 1-16.

indudables los vínculos existentes entre la violencia de género y la violencia contra los animales⁵⁰. De ahí que, al analizar nuestras relaciones con los demás animales, es posible apreciar que los mecanismos de subordinación y dominación por razones de especie están constitutivamente relacionados con otros sistemas de opresión. Es por ello que el especismo y el sexismo, al igual que otras opresiones como el racismo, capacitismo, clasismo o etarismo no pueden entenderse de forma aislada, sino que todas ellas están inextricablemente ligadas, es decir, se co-constituyen⁵¹.

En esta línea, ANZOÁTEGUI apunta que los reclamos en torno a la etnia, la diversidad sexual y la lucha ambiental, han sido aceptados prácticamente con el mismo estatus que el género en los discursos feministas, dado que funcionan como reforzadores y/o disparadores de situaciones de exclusión y violencia que pueden ser entendidas desde una perspectiva pluritemática. Así, estas posturas, en principio diversas y distanciadas, terminaron siendo consideradas paralelas o coexistentes, permitiendo finalmente una mirada integradora⁵². Esto es claro desde el ecofeminismo que, como explican GAARD y GRUEN, considera todas las diversas formas de opresión como fundamentales para la comprensión de instituciones particulares. De ahí que, por ejemplo, un análisis ecofeminista de la ganadería intensiva examinará la forma en que la lógica de la dominación apoya a esta institución, no sólo en lo que afecta la vida de los animales, sino también en los trabajadores, las mujeres y la naturaleza⁵³.

50 PULEO, Alicia. *Claves Ecofeministas: Para rebeldes que aman a la Tierra y a los animales*. Madrid, España. Plaza y Valdés Editores. 2019.

51 Op. cit. FERNÁNDEZ (2019). A modo de ejemplo, a escala doméstica se ha establecido que la crueldad hacia los animales de compañía y la violencia hacia humanos tienen una relación directa. Es así que se da lugar al llamado "círculo de violencia", una de cuyas características es que se da "bajo escala de jerarquía", esto es, la persona que detenta esa autoridad, que necesita demostrar que tiene el control sobre el resto de los miembros, es la que ejerce el poder hacia los otros miembros más débiles, los que deben obedecerle en virtud de la supuesta superioridad de su rango. Esto incluye a mujeres, niños, niñas y animales (DOMÍNGUEZ, María José. Violencia y maltrato interespecie. En: GONZÁLEZ, María de las Victorias. *Manual de Derecho Animal*. Buenos Aires, Argentina. Jusbaire. 2019. p. 185-231). En este sentido, Russel, al explicar las relaciones de dominación en el contexto familiar, señala que las relaciones asimétricas generan actitudes posesivas como consecuencia de un afecto mal entendido, pero en otros casos la relación subyacente conlleva una falta de respeto a la dignidad del otro, a quien se considera inferior por diversas razones: género, edad, o minusvalía física, psicológica o cultural, y se cuestionan o se ponen en duda sus derechos. Esta relación de dominación puede derivar en agresividad y maltratos físicos y psicológicos (GIMENO, Adelina. *La familia: el desafío de la diversidad*. Barcelona, España. Ariel. 1999. p. 80).

52 ANZOÁTEGUI, Micaela. Desplazamientos de los discursos hegemónicos en la teoría feminista: El feminismo ecológico y animalista como nuevas perspectivas. *Nomadías*. Santiago, Chile. 2019. 27: 33-50.

53 Op. cit. GAARD y GRUEN (1993).

De acuerdo a PULEO, transformar el modelo androcéntrico de desarrollo, de conquista y explotación destructivos, implica tanto asumir una mirada empática sobre la Naturaleza, como un análisis crítico de las relaciones de poder. Para ello, hemos de pensar en la continuidad del mundo natural y en la cercanía de los otros seres vivos, en nuestro parentesco y similitud⁵⁴. Siguiendo a TAFALLA, apreciar la naturaleza de una manera profunda exige que tomemos conciencia de nuestra propia animalidad, que debe entenderse también como pertenencia a la naturaleza. Agrega la autora, que nuestra civilización se ha encerrado en una burbuja antropocéntrica que niega el vínculo con el resto de seres vivos, y que eso sólo ha servido para fomentar la ignorancia y el egoísmo que amenazan con destruir la biosfera, por lo que necesitamos salir de esa burbuja y reconocernos como animales ecodependientes⁵⁵.

En este contexto, las alianzas que partan de la premisa de la interdependencia y de la vulnerabilidad común, invitarán a procesos de resistencia contra aquellos dispositivos normalizadores, a fin de tejer redes que enfrenten los regímenes de subordinación que sentencian las jerarquías sobre lo viviente⁵⁶. De ahí que vincular los problemas ambientales con las relaciones políticas, económicas y de género, da la posibilidad de mirar holísticamente las diferentes dimensiones de los problemas ambientales y contextualizar las desigualdades que deben ser transformadas, en un primer escenario, para buscar alternativas a una crisis multifactorial. Desvincular los esencialismos sobre la mujer y sobre la naturaleza, la visión utilitaria acerca de la reproducción de la vida y la superioridad del ser humano sobre los otros seres vivos, son puntos clave para acercarnos a otros modos de mirar y vivir el mundo⁵⁷.

Es por lo anterior que BENET afirma que las luchas feminista, LGTBI+ y animalista son luchas hermanas, a pesar de episodios de incompreensión mutua, e indica que todas ellas tienen muchas cosas en común, cuyo punto de partida principal es una toma de conciencia, una mirada crítica ante lo que se nos dice que es normal. Así, en los tres casos, se trata de movimientos de liberación que buscan visibilizar a quien ha permanecido invisible. Comparten, además, la denuncia de procesos muy parecidos de cosificación, discriminación y violencia. Por último, y muy importante, se enfrentan ante una lógica de dominación que tiene en el silencio su estado ideal⁵⁸.

54 PULEO, Alicia. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Madrid, España: Ediciones Cátedra, 2011.

55 TAFALLA, Marta. *Ecoanimal: Una estética plurisensorial, ecologista y animalista*. Madrid, España. Plaza y Valdés Editores. 2019.

56 GONZÁLEZ, Anahí Gabriela. Deshacer la especie: Hacia un antiespecismo en clave feminista queer. *TEL Tempo, Espaço e Linguagem*. Paraná, Brasil. 2019. 2(10): 45-70.

57 NOGALES, Helena. Colonialidad de la naturaleza y de la mujer frente a un planeta que se agota. *Ecología Política*. Barcelona, España. 2017. 54: 8-11.

58 BENET, Eva. Feminismo y animalismo: dos luchas con mucho en común. *Interrelaciones animales: los otros y los humanos*. Antropología de la Vida Animal (Grupo de estudios de etnozooloía). 2015. p. 51-67.

Afortunadamente, el silencio ante esta lógica de dominación basada en una comprensión binaria o dual de la realidad, tiende a desaparecer cada vez más. Así, como explica GÓMEZ, la relación de dominación con los animales no humanos se ha vuelto relevante no solo a los ojos sensibles y estéticos, sino también a los cognitivos y racionales. De ahí que se ha increpado a las Ciencias Jurídicas, a sus comunidades y juristas, a disponer de argumentos, teorías, revisiones epistémicas y de paradigmas para deconstruir ciertas bases de dominación que subyacen en los lenguajes cosificadores⁵⁹. En esta línea, BECERRA afirma que pensar la realidad humana fuera de binomios preestablecidos permite encontrar nuevas respuestas a problemáticas complejas. De ahí que nos invita a descentralizar lo humano en las Ciencias Jurídicas y desafiar las estructuras binarias de la sociedad, superando la visión de la realidad desde una perspectiva de dos opuestos, abriendo las posibilidades a diversos actores, cuerpos y situaciones⁶⁰.

Al respecto, parece valiosa la mirada que pueden aportar las sabidurías/filosofías no duales de Oriente que, como expone TORRALBA, conciben todas las antinomias como relativas y aparentes, porque en el fondo último, la realidad es una y la misma⁶¹. Así, no hay dualidad entre humano y animal, ni entre animal y planta, puesto que todos son la misma realidad. Entre el ser humano y los demás animales no existe una gradación de orden ontológico-metafísico, sino una gradación de carácter fenoménico. La expresión de la voluntad de vivir en el ser humano tiene unos caracteres distintos de la expresión de la voluntad de vivir de las plantas y de los animales, pero en último término, toda la pluralidad se reduce a un mismo principio metafísico que es intangible y que se denomina voluntad de vivir. De esta manera, entre unidad y pluralidad no hay contradicción alguna: la unidad es lo que está en la hondura, mientras que la pluralidad es lo que se detecta en la superficie⁶².

⁵⁹ Op. cit. GÓMEZ (2019).

⁶⁰ BECERRA, Katherine. Investigación Cualitativa Multiespecie: contribuciones conceptuales para el estudio de la relación animales humanos / animales no humanos en la investigación jurídica. En: GONZÁLEZ, Israel (Coordinador). *Personalidad jurídica de los animales no humanos y nuevas tendencias en Derecho Animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2019. p. 143-162.

⁶¹ TORRALBA, Francesc. Filosofía de la no dualidad y derechos de los animales. En: LACADENA, Juan Ramón. *Dilemas éticos de la medicina actual: Los derechos de los animales*. Madrid, España. Editorial Desclée De Brouwer. 2002. 15: 57-79. Explica que la idea de fondo de la filosofía de la no dualidad podría expresarse del siguiente modo: "la diferencia entre los entes es mera ilusión, pues en el fondo de la realidad todo es uno. Solo aparentemente, en el plano de lo fenoménico, las cosas son distintas entre sí, difieren las unas a las otras; sólo en el ámbito de la representación existe pluralidad y diversidad entre los entes de la naturaleza, pero en el fondo último de la realidad todo es uno y está animado por el mismo principio invisible" (p. 63).

⁶² Ibid.

Aquí surge una cuestión elemental, y es que la superación de una mirada binaria de la realidad no necesariamente implica una idéntica valoración y tratamiento de todos y todo. Esto nos lleva a una larga discusión sobre cuál debiese ser el centro de nuestra reflexión y consideración ética y jurídica. Así, el antropocentrismo dirá que es únicamente el ser humano; el biocentrismo dirá que es la vida, sin importar la forma es que se manifieste; el sensocentrismo dirá que es sólo la vida sensitiva; el ecocentrismo dirá que son los ecosistemas y la biósfera, con prescindencia de los individuos que la componen⁶³.

Las consecuencias teóricas y prácticas de cada enfoque son distintas y, en muchos casos, incluso incompatibles. Como indica TAFALLA, la perspectiva ecologista presta atención a los sujetos colectivos, tales como especies, ecosistemas o la biosfera, mientras que la perspectiva animalista (sensocéntrica, antiespecista) pone el foco en los sujetos individuales, en cada animal concreto⁶⁴. En este sentido, HORTA explica que, desde la perspectiva moral, es incorrecta la idea de que la consideración de los animales está relacionada con el ecologismo, pues se dan conflictos patentes entre ambas posturas, sus bases éticas son claramente distintas, y lo son también las consecuencias que prescriben⁶⁵. En esta línea, FARIA indica que dichas posiciones divergen en cuanto a qué entidades no humanas debemos los humanos tener en cuenta a la hora de decidir cómo actuar. Si desde el antiespecismo se sostiene que los animales deben ser tenidos en cuenta porque pueden sufrir y disfrutar, desde el ecologismo se defiende que las entidades moralmente valiosas son, no los individuos sintientes, sino el conjunto de las entidades biológicas, como las especies o los ecosistemas⁶⁶.

Un caso típico que grafica esta pugna consiste en un ecosistema afectado por una plaga de algún animal sintiente. En tal situación, ¿lo correcto es salvar el ecosistema, aunque ello exija el exterminio y sufrimiento de los individuos que componen esa plaga? O por el contrario ¿lo correcto es salvar a los individuos que componen la plaga, aún cuando ello comprometa la subsistencia del ecosistema completo? Tal disyuntiva, además de ser planteada en una lógica binaria o dual, lleva envuelta una falacia de falso dilema, esto es, donde se nos insta a optar por una u otra alternativa, cuando en realidad existen otras tantas más. Así, por ejemplo, implementar estrategias de control de natalidad, reubicación o contención, permitirían proteger tanto a individuos como

⁶³ Op. cit. GONZÁLEZ (2016).

⁶⁴ Op. cit. TAFALLA (2019)

⁶⁵ HORTA, Oscar. Distintos principios, consecuencias enfrentadas: la oposición entre la consideración moral de los animales y el ecologismo. *Euphyia*. Aguascalientes, México. 2017. 20(11): 9-32.

⁶⁶ FARIA, Catia. Los otros animales: vida o mercancía: Muerte entre las flores: el conflicto entre el ecologismo y la defensa de los animales no humanos. *Viento sur*. Chile. 2012. 125: 67-76.

ecosistemas. En otras palabras, no siempre estamos obligados a sacrificar a unos en pos de otros, es posible idear otras y nuevas estrategias de abordaje integral. Piénsese, por ejemplo, en los conflictos entre derechos fundamentales y su resolución mediante el juicio de ponderación.

Lo anterior no implica desconocer la especial relevancia del interés por no sufrir de los seres sintientes, de hecho, es asumir que la conservación de los ecosistemas y la biosfera representa un presupuesto esencial para la vida y bienestar de los animales humanos y no humanos, individualmente considerados. Como indica TAFALLA, ecologismo y animalismo son perspectivas complementarias, que se necesitan mutuamente para lograr una apreciación estética y ética profunda. Así, cada animal posee la forma de vivir propia de su especie, y necesitamos entenderlo como miembro de una especie y de los ecosistemas que habita, pero, a la vez, cada animal es un sujeto con su propia personalidad y su historia individual. Y aunque la autora reconoce las diferencias entre la concepción ecologista y la animalista, considera necesario el diálogo y el consenso, porque está en juego cómo proteger este planeta y la vida que lo habita en una situación de catástrofe⁶⁷. De ahí que, en términos de urgencia y gravedad, la protección de los animales no humanos sintientes parece ocupar una posición prioritaria, aunque, en nuestra opinión, no exclusiva.

Al respecto, RIECHMANN reconoce que el colectivismo u holismo moral al que podríamos asociar el ecologismo o ecocentrismo es altamente problemático; y hemos de ser conscientes de que el individualismo moral, donde cada vida cuenta, no es igual a individualismo ontológico ni sociológico (la idea de que no somos interdependientes y ecodependientes). De ahí que, lejos de magnificar diferencias y desencuentros entre ecologismo y animalismo, parece tener sustento la idea de tratar de tender puentes entre ambos, que puedan y deban enriquecerse mutuamente. En efecto, el mismo autor destaca que no hay una única teoría moral ecologista. Es así como un ecologista puede, y según el autor debe, ser antiespecista. Esto implica reconocer la importancia de las totalidades y los sistemas (ser holistas) en lo ontológico, y mantener no obstante el individualismo moral, en términos de que son las vidas individuales las que cuentan moralmente⁶⁸.

Vemos entonces que, más allá de las diferencias que podamos apuntar entre el ecologismo y el animalismo, lo cierto es que hemos comprobado que nuestras acciones están íntimamente relacionadas con el bienestar o la perturbación de la sociedad, los demás animales y los ecosistemas en general. En efecto, es indudable que la forma en

⁶⁷ Op cit. TAFALLA (2019).

⁶⁸ RIECHMANN, Jorge. Una utopía ética desmadrada: la intervención animalista positiva en la naturaleza. *Revista de Bioética y Derecho*. Barcelona, España. 2018. 44: 19-40.

que elegimos vivir afecta al mundo⁶⁹. Lamentablemente, los seres humanos, en medio de la moderna civilización sustentada en el control de la naturaleza, hemos olvidado que somos nosotros los que dependemos totalmente de ella para vivir⁷⁰. En otras palabras, la interrelación entre las personas y la naturaleza pone de manifiesto que los desafíos planteados por la pérdida de biodiversidad, el cambio climático y el logro de una buena calidad de vida para todos, están profundamente interconectados y deben abordarse de manera integradora y con urgencia. Así, mantener un planeta que sustente y llene la vida de los humanos y otras especies constituye, por tanto, un mismo desafío⁷¹.

Esta idea no es nueva, por ejemplo, hace más de dos décadas BELLVER planteaba que la constatación del deterioro ambiental nos sugiere una reflexión ulterior: la de pertenecer todos a un mismo entorno sobre el que todos influimos poderosamente y del que todos somos, por tanto, enteramente responsables. De ahí que la idea de la Tierra como nave espacial o navío en el que todos viajamos juntos, nunca se ha experimentado con tanta contundencia como con el desarrollo tecnológico⁷². Así, y siguiendo a RIECHMANN, no deberíamos considerarnos sólo como individuos. Los seres humanos existimos en la trama de la vida. Ningún organismo está separado de su medio ambiente, y no somos la excepción. De ahí la necesidad de concebirnos y concebir a los demás seres como redes relacionales en la trama de la vida, y no sujetos y objetos que se enfrentan en un mundo mecánico⁷³. En este contexto, los aportes del ecofeminismo, entendido como una propuesta de resiliencia solidaria⁷⁴, cobra sentido y parece orientarnos hacia una nueva manera de relacionarnos.

⁶⁹ JENA, Lalatendu y BEHERA, Bhagirath. Environmental crisis and human well-being: a review. *International Journal of Development and Sustainability*. 2017. 8(6): 561-574.

⁷⁰ Op. cit. RONCAL (2013)

⁷¹ DÍAZ, Sandra; et al. Pervasive human-driven decline of life on Earth points to the need for transformative change. *Science*. Washington, EE.UU. 2019. 6471 (366): 1-10.

⁷² BELLVER, Vicente. La solidaridad ecológica como valor universal. *Anuario de filosofía del derecho*. 1994. 11: 159-174.

⁷³ Op. cit. RIECHMANN (2018)

⁷⁴ Op. cit. PULEO (2019).



SOLIDARIDAD COMO SUPERACIÓN DE LOS DUALISMOS O BINARISMOS

Desde el reconocimiento de que la Tierra es una totalidad ecosistémica, que se sostiene sobre la base de la interacción e interdependencia de todas las especies que lo forman, según CAMPOS, es posible inferir un principio de solidaridad, que tiene alcance ontológico, moral y jurídico-político. Así, el ecosistema sería solidario, porque se mantiene en virtud de la sólida reunión de sus partes: según su etimología latina, la palabra “solidario” proviene del verbo *solidare*, que se traduce como “reunir sólidamente”. Solidaridad, por tanto, es la cualidad que define a lo que se mantiene unido por el compromiso de sus partes, y se manifiesta, por ende, como una realidad unitaria, firme y estable. La insolidaridad, en cambio, es lo que desune, disgrega o desintegra a una comunidad⁷⁵.

En el plano de la ética, la solidaridad aparece como una virtud moral. En efecto, FERNÁNDEZ indica que nos hallamos ante un auténtico valor ético-moral que bien podría resumirse en la idea de fraternidad. En tal sentido, ser solidario es, en pocas palabras, asumir como propio el interés de un tercero, identificarse con él, hacerse incluso cómplice de los intereses, desvelos e inquietudes de ese otro ser humano. Agrega que la solidaridad se ha considerado la virtud social por excelencia, en cuanto, objetivamente, presupone una relación de pertenencia y, por lo mismo, de asunción de una corresponsabilidad que vincula al individuo con el grupo social del que forma parte⁷⁶. En consecuencia, y como afirma DE LUCAS, la solidaridad requiere no sólo asumir los intereses del otro como propios, ni aun asumir los intereses propios del grupo, sino asumir también la responsabilidad colectiva⁷⁷.

Con independencia del concepto de solidaridad que se maneje, en términos ecosistémicos (holista) o de corresponsabilidad con un otro (entre individuos), ésta suele ser considerada como exclusiva del ser humano. Pero, como señala MONTORO, si la solidaridad que se proclama va dirigida exclusivamente a proteger los intereses humanos, es del todo incompatible con las necesidades planetarias, que no sólo se nutren de las humanas, sino también, y sin preferencias, del resto de la flora y fauna existente. Así, para que exista un equilibrio entre la naturaleza y el ser humano, éste no sólo debe observar el problema medioambiental desde el agravio que se produce

⁷⁵ VARGAS, Ronulfo. Elementos para la consideración de una ética ambiental. *Trama, Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*. Santiago, Chile. 2009. 1(2): 10-29.

⁷⁶ FERNÁNDEZ, Francisco. La solidaridad como principio constitucional. *Teoría y realidad constitucional*. Madrid, España. 2012. 30: 159-173.

⁷⁷ DE LUCAS, Javier. *El concepto de solidaridad*. México. Distribuciones Fontamara; Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. 1993.

a sí mismo, sino desde una nueva perspectiva que le permita ser capaz de sentir como suyos los problemas del resto del planeta, visto en su conjunto y cuyas partes deben ser consideradas por igual, por mucho que se tenga la profunda creencia de que el ser humano es centro y fundamento del Universo⁷⁸.

Desde hace casi una década, MARCELLESI afirmaba que la democracia moderna tiene una deuda latente con la ecología política y con su lucha por extender la mayor autonomía posible personal y colectiva en el espacio (solidaridad transnacional), en el tiempo (solidaridad transgeneracional) y al conjunto de la naturaleza (solidaridad biocéntrica e interespecie⁷⁹). Sobre todo, pues esta democracia no suele integrar en sus procesos algunos aspectos que, además de ampliar nuestros círculos de solidaridad, son centrales para la transición hacia una supervivencia civilizada de la especie humana: la cuestión de la autolimitación, la representación de los sin voz, la gobernanza local y la capacidad de responder a la urgencia ecológica⁸⁰. No es extraño entonces que ASTORGA, al explicar el devenir del Derecho Ambiental, se refiera al imperativo de adaptación ante las urgencias planetarias, donde la solidaridad aparece como una estrategia que nos permitirá asegurar el mantenimiento de las constantes vitales en la Tierra⁸¹.

En esta línea, Lecaros aboga por el concepto de justicia interespecífica, que tiene que ver con la idea de hospitalidad biosférica, que nos recuerda que somos una especie dependiente de los procesos de la ecósfera que desarrollan otros seres vivos, y que no debemos apropiarnos de modo desigual del espacio ambiental que compartimos. De ahí que respalda la necesidad de pasar de una visión antropocéntrica del mundo que comprende sólo los intereses y valores humanos, a una visión solidaria entre el mundo natural y el mundo humano, que comprende los intereses y valores del resto de los seres vivos que comparten la biosfera con nosotros, lo que significa orientarse hacia una solidaridad antropocósmica y una justicia interespecífica⁸².

78 MONTORO, Juan. Solidaridad y Derecho al Medio Ambiente. *Boletín de la Facultad de Derecho*. 1997. 12: 593-622.

79 Se suele distinguir entre solidaridad intraespecies y solidaridad interespecies; la primera, aquella que atiende a las necesidades de los diferentes grupos sociales y países; y la segunda, aquella que atiende a las necesidades del resto de las especies del ecosistema (ALEDO TUR, Antonio. Problemas socioambientales II: las ecoutopías. En: ALEDO TUR, Antonio. y DOMÍNGUEZ, José Andrés. *Sociología ambiental*. Granada, España. Grupo Editorial Universitario. 2001. p. 113-162).

80 MARCELLESI, Florent. Las deudas ecológicas de la democracia moderna. *Ecología Política*. Barcelona, España. 2011. 42: 9-13.

81 ASTORGA, Eduardo. *Derecho ambiental chileno: parte general*. (5ª ed. actualizada). Santiago, Chile. Thomson Reuters, 2017.

82 LECAROS, Juan. La ética medio ambiental: principios y valores para una ciudadanía responsable en la sociedad global. *Acta bioethica*. Santiago, Chile. 2013. 2(19): 177-188.

En relación a los animales no humanos, COULTER propone la solidaridad interespecies como una idea, un objetivo, un proceso, un compromiso ético y un proyecto político. Precisa que el concepto de solidaridad se subraya con ideas de empatía y que, en contraste con la simpatía o la piedad, desde la empatía se trata de comprender y legitimar las experiencias de los demás. La solidaridad, por tanto, implica apoyo a pesar de las diferencias. En tal sentido, la búsqueda de la solidaridad interespecies implica una expansión de la esfera de empatía y comprensión, y aún cuando alguien podría discutir y creer que las personas son diferentes de los animales, replica que la solidaridad debe promoverse no solo porque “los animales son como nosotros” o “nosotros somos como los animales”, sino porque es lo ético. Otros, ya sean humanos o animales, no deberían ser como nosotros para que nos preocupemos por su bienestar⁸³. Como indica PRIETO, la sensibilidad es una característica trascendental, quien sea que la posea⁸⁴. De ahí que la solidaridad interespecies significa que los animales no pueden ser vistos como subordinados o como herramientas, y sus necesidades y deseos deben tomarse en serio a través de cambios en las percepciones y prácticas, y a través de la regulación y su aplicación⁸⁵.

Las implicancias de una solidaridad interespecies son múltiples y exceden el alcance de este trabajo pero, al menos, en su faz activa, debe manifestarse tanto en obligaciones a todos los seres humanos, como también en responsabilidades solidarias; en su faz pasiva, la solidaridad se manifiesta en una vocación permanente para la protección íntegra e integral de los seres vivos⁸⁶. Por supuesto, un compromiso con la solidaridad interespecies no va a conciliar de inmediato las contradicciones y tensiones conceptuales y estructurales incrustadas en las relaciones políticas y económicas actuales, pero puede usarse interpersonal y políticamente como elemento para forjar mejores caminos hacia adelante⁸⁷.

Así, en términos operativos, creemos que una fórmula idónea para incorporar esta solidaridad en el ámbito jurídico, es hacerlo mediante su consagración como un principio. Lo anterior porque, como indica CORRAL, siguiendo a DWORKIN y ALEXY, los principios se diferencian de las normas en que su aplicación no se resuelve en términos extremos de sí o no, sino en grados de optimización. Por tanto, la consagración jurídica de un principio de solidaridad ecológica e interespecies permite materializar, en el Derecho, la

⁸³ COULTER, Kendra. *Animals, work, and the promise of interspecies solidarity*. New York, EE.UU. Palgrave Macmillan. 2016.

⁸⁴ Op. cit. PRIETO (2018). p. 43.

⁸⁵ Op. cit. COULTER (2016).

⁸⁶ Op. cit. GONZÁLEZ SILVANO (2019).

⁸⁷ Op. cit. COULTER (2016).

aspiración de compatibilizar el interés de conservación de la biósfera, en tanto especies y ecosistemas, y el interés de los animales no humanos, en tanto individuos sintientes, bajo una lógica de optimización, y no de exclusión mutua⁸⁸. Esto quiere decir, como explica SQUELLA, que los principios ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, de donde se sigue que pueden ser cumplidos en diversos grados⁸⁹.

A su vez, como apunta PORTELA, en el neoconstitucionalismo los principios jurídicos están orientados más bien a la creación del Derecho. Esto permitiría desarrollar, entre otros, nuevas normas, fórmulas, estándares o procedimientos en orden a darle forma y contenido específico a esta solidaridad ecológica e interespecies⁹⁰. Como apunta SQUELLA, una de las funciones de los principios es su carácter normativo, en cuanto colaboran a la aplicación y producción de normas por parte de los órganos jurídicos correspondientes, que es lo que acontece cuando se los emplea para interpretar normas, para integrar el Derecho legislado en ausencia de normas, o para orientar la actividad del legislador y de otros operadores jurídicos, cuando éstos deben decidir acerca del contenido que darán a las normas que están autorizados a producir⁹¹.

VI CONCLUSIONES

La crisis ecológica que experimentamos se encuentra indudablemente ligada al modelo de desarrollo imperante en la sociedad actual, cuya mirada binaria de la realidad tiene su máxima expresión en la insalvable dualidad sujeto-objeto. Esta forma de comprender el mundo se traduce en que mientras unos son los fines en sí mismos, todo lo demás puede ser utilizado como un medio, es decir, es cosificado. Esta mirada cosificadora suele derivar en actitudes de opresión, explotación y tratos violentos hacia quienes son objeto de ella. Aunque ello es contraproducente para nosotros como humanos, que padecemos las consecuencias del cambio climático, es especialmente devastador para los demás animales dotados de la capacidad de tener experiencias subjetivas, esto es, que pueden sentir placer, dolor o sufrimiento.

Si bien en los últimos años hemos sido testigos de avances legales y jurisprudenciales que, con distintos matices, han ido dando mayor protección jurídica a la naturaleza y a los animales no humanos, en algunos casos incluso reconociéndoles la calidad de

⁸⁸ CORRAL, Hernán. *Curso de Derecho Civil: Parte general*. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 2018.

⁸⁹ SQUELLA, Agustín. *Introducción al Derecho*. Santiago, Chile. Legal Publishing Chile. 2014.

⁹⁰ PORTELA, José Guillermo. Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo. *Dikaion*. 2009. 18(23): 33-54.

⁹¹ Op. cit. SQUELLA (2014).

sujetos de derechos, lo cierto es que para la naturaleza y la gran mayoría de los animales no humanos que habitan el planeta, las cosas no han cambiado sustancialmente. Así, aunque las victorias que han permitido reconocer a la naturaleza y a los animales no humanos como sujetos ante el Derecho son indiscutibles y del todo admirables, parece ser que mientras no dejemos atrás esa mirada binaria o dual de la realidad, la cosificación, la opresión y la discriminación arbitraria de unos hacia otros no quedarán en el pasado.

Una mirada no binaria, que vea más allá de las diferencias aparentes, que reconozca la unidad de todos con todo, la interdependencia e interrelación de y con la naturaleza, pero especialmente con aquellas criaturas capaces de experimentar dolor o sufrimiento, parece ser un imperativo ineludible a la luz de la ética. De ahí que la solidaridad, entendida como la identificación con el otro y la consecuente responsabilidad colectiva de atender a sus necesidades, surge como un valor indispensable de cara a un inaplazable nuevo pacto social que nos permita asegurar la continuidad de la vida en el planeta, bajo parámetros de justicia que no distingan arbitrariamente entre especies.

Así, una solidaridad tomada en serio no sólo comprende a quienes pertenecemos a la especie humana, sin distinción alguna e incluidas las generaciones venideras, incluye también a la naturaleza y, con especial urgencia, a los demás animales no humanos sintientes. En definitiva, una solidaridad para afrontar la actual crisis planetaria, debe ser ecológica e interespecies. Dicha solidaridad, en el ámbito jurídico, debe ser consagrada como un principio, uno que nos permita compatibilizar la conservación de los ecosistemas, así como la protección de los animales no humanos, en tanto individuos sintientes y compañeros de vida.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- › ACOSTA, Alberto. Construcción constituyente de los derechos de la Naturaleza: repasando una historia con mucho futuro. En: ESTUPIÑÁN, Liliana; STORINI, Claudia; MARTÍNEZ, Rubén; DE CARVALHO, Fernando Antonio (Editores). *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá, Colombia. Universidad Libre. 2019.
- › ALEDO TUR, Antonio. Problemas socioambientales II: las ecoutopías. En: ALEDO TUR, Antonio. y DOMÍNGUEZ, José Andrés. *Sociología ambiental*. Granada, España. Grupo Editorial Universitario. 2001.
- › ANZOÁTEGUI, Micaela. Desplazamientos de los discursos hegemónicos en la teoría feminista: El feminismo ecológico y animalista como nuevas perspectivas. *Nomadías*. Santiago, Chile. 2019. 27: 33-50.

- › ASTORGA, Eduardo. *Derecho ambiental chileno: parte general*. (5ª ed. actualizada). Santiago, Chile. Thomson Reuters, 2017.
- › BECERRA, Katherine. Investigación Cualitativa Multiespecie: contribuciones conceptuales para el estudio de la relación animales humanos / animales no humanos en la investigación jurídica. En: GONZÁLEZ, Israel (Coordinador). *Personalidad jurídica de los animales no humanos y nuevas tendencias en Derecho Animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2019.
- › BELLVER, Vicente. La solidaridad ecológica como valor universal. *Anuario de filosofía del derecho*. 1994. 11: 159-174. BENET, Eva. Feminismo y animalismo: dos luchas con mucho en común. *Interrelaciones animales: los otros y los humanos*. Antropología de la Vida Animal (Grupo de estudios de etnozooloía). 2015.

CARRERA, Luciana; ANZOÁTEGUI, Micaela; y DOMÍNGUEZ, Agustina. Inserte "Animal" donde dice "Mujer" y viceversa: analogías entre la dominación sobre las mujeres y la dominación sobre los animales en el sistema capitalista heteropatriarcal. *Memoria Académica: IV Jornadas CINIG de Estudios de Género y Feminismos y II Congreso Internacional de Identidades*. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de la Plata. La plata, Argentina. 2016.
- › CARVALHO, Fernando Antonio. *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá, Colombia. Universidad Libre. 2019.
- › COLÓN-RÍOS, Joel. Guardianes de la Naturaleza. En: ESTUPIÑÁN ACHURY, Liliana; STORINI, Claudia; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén; DE CARVALHO, Fernando Antonio (Editores). *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá, Colombia. Universidad Libre. 2019.
- › CONTRERAS, Carlos y MONTES, Macarena. Los animales como cosas, seres sintientes y personas. En: GONZÁLEZ, Israel (Coordinador). *Personalidad jurídica de los animales no humanos y nuevas tendencias en Derecho Animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2019.
- › CORRAL, Hernán. *Curso de Derecho Civil: Parte general*. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 2018.
- › COULTER, Kendra. *Animals, work, and the promise of interspecies solidarity*. New York, EE.UU. Palgrave Macmillan. 2016.
- › DE LUCAS, Javier. *El concepto de solidaridad*. México. Distribuciones Fontamara; Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. 1993.
- › DÍAZ, Sandra; SETTELE, Josef; BRONDÍZIO, Eduardo; NGO, Hien; AGARD, John; ARNETH, Almut; BALVANERA, Patricia; BRAUMAN, Kate; BUTCHART, Stuart; CHAN, Kai; GARIBALDI, Lucas; ICHII, Kazuhito; LIU, Jianguo; SUBRAMANIAN, Suneetha; MIDGLEY,

- Guy; MILOSLAVICH, Patricia; MOLNÁR, Zsolt; OBURA, David; PFAFF, Alexander; POLASKY, Stephen; PURVIS, Andy; RAZZAQUE, Jona; REYERS, Belinda; CHOWDHURY, Rinku; SHIN, Yunne-Jai; VISSEREN-HAMAKERS, Ingrid; WILLIS, Katherine; y ZAYAS, Cynthia. Pervasive human-driven decline of life on Earth points to the need for transformative change. *Science*. 2019. 6471 (366): 1-10.
- › FARIA, Catia. Los otros animales: vida o mercancía: Muerte entre las flores: el conflicto entre el ecologismo y la defensa de los animales no humanos. *Viento sur*. Chile. 2012. 125: 67-76.
 - › DOMÍNGUEZ EDREIRA, María José. Violencia y maltrato interespecie. En: GONZÁLEZ SILVANO, María de las Victorias. *Manual de Derecho Animal*. Buenos Aires, Argentina. Jusbaire. 2019.
 - › FARGA, Javiera. Reflexiones desde la Teoría de las Preferencias Fundamentales ¿Derechos Humanos para los animales. En: GONZÁLEZ, Israel (Coordinador). *Personalidad jurídica de los animales no humanos y nuevas tendencias en Derecho Animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2019.
 - › FARIA, Catia. Los otros animales: vida o mercancía: Muerte entre las flores: el conflicto entre el ecologismo y la defensa de los animales no humanos. *Viento sur: Por una izquierda alternativa*. 2012. 125: 67-76.
 - › FERNÁNDEZ, Laura. *Hacia mundos animales: una crítica al binarismo ontológico desde los cuerpos no humanos*. Madrid, España. Ochodoscuatro. 2018.
 - › FERNÁNDEZ, Laura. Feminismos y liberación animal: alianzas para la justicia social e interespecie. *Tabula Rasa*. Bogotá, Colombia. 2019. 32: 17-37.
 - › FERNÁNDEZ, Francisco. La solidaridad como principio constitucional. *Teoría y realidad constitucional*. Madrid, España. 2012. 30: 159-173.
 - › FRAGA, Eugenia. El pensamiento binario y sus salidas. *Revista Estudios Sociales Contemporáneos*. Mendoza, Argentina. 2013. 9: 66-75. FRANCIONE, Gary. *Animals, Property and the Law*. Philadelphia, EE.UU. Temple University Press. 1995.
 - › GAARD, Greta y GRUEN, Lori. Ecofeminism: Toward global justice and planetary health. *Society and Nature*. 1993. 2: 1-35.
 - › GIMENO COLLADO, Adelina. *La familia: el desafío de la diversidad*. Barcelona, España. Ariel. 1999.
 - › GÓMEZ, Taeli. Una reflexión crítica sobre la dualidad sujeto-objeto y las consecuencias para los no-humanos. En: GONZÁLEZ, Israel (Coordinador). *Aproximaciones Filosóficas y Jurídicas al Derecho Animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2016.

- › GÓMEZ, Taeli. Una epistemología del animal humano-no humano para las Ciencias Jurídicas: alas para un nuevo conocimiento jurídico. Vivir o morir... esa es la cuestión. En: GONZÁLEZ MARINO, Israel (Coordinador). *Personalidad Jurídica de los animales no humanos y nuevas tendencias en Derecho Animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2019.
- › GONZÁLEZ, Anahí Gabriela. Deshacer la especie: Hacia un antiespecismo en clave feminista queer. *TEL Tempo, Espaço e Linguagem*. Paraná, Brasil. 2019. 2(10): 45-70.
- › GONZÁLEZ, Israel. Animales no humanos como sujetos ante el Derecho y limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales: algunos desafíos a propósito de la jurisprudencia reciente. En: GONZÁLEZ MARINO, Israel (Coordinador). *Discusiones y desafíos en torno al Derecho Animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2018.
- › GONZÁLEZ, Israel. Centrismos y animalidad. En: GONZÁLEZ MARINO, Israel (Coordinador). *Aproximaciones filosóficas y jurídicas al Derecho Animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2016.
- › GONZÁLEZ, Israel. El fenómeno de las familias multiespecie y los desafíos que supone para el Derecho. En: GONZÁLEZ, Israel (Coordinador). *Personalidad jurídica de los animales no humanos y nuevas tendencias en Derecho Animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2019.
- › GONZÁLEZ, Javiera. Evolución del estatuto jurídico de los animales no-humanos en el derecho positivo. En: GONZÁLEZ, Israel (Coordinador). *Personalidad jurídica de los animales no humanos y nuevas tendencias en Derecho Animal*. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2019.
- › GONZÁLEZ, María de las Victorias. Derecho Ambiental y Derecho Animal. En: GONZÁLEZ, María de las Victorias. *Manual de Derecho Animal*. Buenos Aires, Argentina. Jusbaire. 2019.
- › GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO. *Climate Change and Land*. 2019
- › GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO. *Summary for Policymakers - Global warming of 1.5°C*. 2019
- › HERRERO, Mario; HENDERSON, Benjamin; HAVLÍK, Petr; THORNTON, Philip; CONANT, Richard; SMITH, Pete; WIRSENIUS, Stefan; HRISTOV, Alexander; GERBER, Pierre; GILL, Margaret; BUTTERBACH-BAHL, Klaus; VALIN, Hugo; GARNETT, Tara; STEHFEST, Elke. Greenhouse gas mitigation potentials in the livestock sector. *Nature Climate Change*. 2016. 5(6): 452-461.
- › HORTA, Oscar. *Un paso adelante en defensa de los animales*. Madrid, España. Plaza y Valdés. 2017.

- › HORTA, Oscar. Distintos principios, consecuencias enfrentadas: la oposición entre la consideración moral de los animales y el ecologismo. *Euphyia*. Aguascalientes, México. 2017. 20(11): 9-32. JENA, Lalatendu y BEHERA, Bhagirath. Environmental crisis and human well-being: a review. *International Journal of Development and Sustainability*. 2017. 8(6): 561-574. LECAROS, Juan. La ética medio ambiental: principios y valores para una ciudadanía responsable en la sociedad global. *Acta bioethica*. Santiago, Chile. 2013. 2(19): 177-188.
- › LLANOS, Hugo. El Derecho Internacional y el Cambio Climático. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 2018.
- › MARCELLESI, Florent. Las deudas ecológicas de la democracia moderna. *Ecología Política*. Barcelona, España. 2011. 42: 9-13.
- › MONTORO, Juan. Solidaridad y Derecho al Medio Ambiente. *Boletín de la Facultad de Derecho*. 1997. 12: 593-622. MULÀ, Anna. Animales utilizados en espectáculos y exhibiciones. En: CHIBLE, María José y GALLEGU, Javier (eds.). *Derecho Animal: teoría y práctica*. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 2018.
- › NOGALES, Helena. Colonialidad de la naturaleza y de la mujer frente a un planeta que se agota. *Ecología Política*. Barcelona, España. 2017. 54: 8-11. NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*. Massachusetts, EE.UU. Harvard University Press. 2006.
- › PADILLA, Andrea. Animales no humanos: nuevos sujetos de derecho. En: ESTUPIÑÁN ACHURY, Liliana; STORINI, Claudia; MARTÍNEZ, Rubén; DE CARVALHO, Fernando Antonio (Editores). *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá, Colombia. Universidad Libre. 2019.
- › PAEZ, Eze. La protección jurídica de la vida de los no humanos. Fundamentación teórica y mecanismos de tutela. En: CHIBLE, María José y GALLEGU, Javier (eds.). *Derecho Animal: teoría y práctica*. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 2018.
- › PINTO, Irene; CARNEIRO DE FREITAS, Patricia; AUGUSTO, Sergio y MALUF, Fabiano. La naturaleza como sujeto de derechos: análisis bioético de las Constituciones de Ecuador y Bolivia. *Revista Latinoamericana de Bioética*. Nueva Granada, Colombia. 2018. 34-1(18): 155-171. POORE, Joseph y NEMECEK, Thomas. Reducing food's environmental impacts through producers and consumers. *Science*. Washington, EE.UU. 2018. 6392(360): 987-992.
- › PORTELA, José Guillermo. Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo. *Dikaion*. 2009. 18(23): 33-54.
- › PRIETO, Marcela. Dignidad animal y dignidad humana. En: CHIBLE, María José y GALLEGU, Javier (eds.). *Derecho Animal: teoría y práctica*. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 2018.
- › PULEO, Alicia. *Claves Ecofeministas: Para rebeldes que aman a la Tierra y a los animales*. Madrid, España. Plaza y Valdés Editores. 2019.
- › PULEO, Alicia. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Madrid, España: Ediciones Cátedra, 2011.

- › REGAN, Tom. *Ethical Vegetarianism and Commercial Animal Farming. Today's Moral Problems, 3rd Edition*. Nueva York, EE.UU. Macmillan Publishing Company. 1985.
- › REYNOSA, Enaidy. *Crisis ambiental global. Causas, consecuencias y soluciones prácticas*. Múnich, Alemania. GRIN Verlag GmbH. 2015.
- › RIECHMANN, Jorge. Una utopía ética desmadrada: la intervención animalista positiva en la naturaleza. *Revista de Bioética y Derecho*. Barcelona, España. 2018. 44: 19-40.
- › ROMERO, Daniela. Reformas de bienestar: posibilidades de legislar hacia el fin de la explotación animal en la ganadería. En: CHIBBLE, María José y GALLEGO, Javier (eds.). *Derecho Animal: teoría y práctica*. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 2018.
- › RONCAL, Ximena. La naturaleza... un sujeto con derechos. *Integra Educativa*. La Paz, Bolivia. 2013. 3(4): 121-136.
- › SINGER, Peter. *Animal Liberation*. Londres, Inglaterra. Jonathan Cape. 1976.
- › SKUBAŁA, Piotr. World Scientists' Second Warning to Humanity: The Time for Change Is Now. *BioScience*. Oxford, Inglaterra. 2018. 4(68): 238-239.
- › SOTO KLOSS, Eduardo. El derecho fundamental a vivir en un ambiente libre de contaminación: su contenido esencial. *Gaceta Jurídica*. Valparaíso, Chile. 1993. 151:22-27.
- › SPRINGMANN, Marco et al. Analysis and valuation of the health and climate change cobenefits of dietary change. *Proceedings of the National Academy of Sciences*. Washington, EE.UU. 2016. 113(15): 4146-4151.
- › SQUELLA, Agustín. *Introducción al Derecho*. Santiago, Chile. Legal Publishing Chile. 2014.
- › TAFALLA, Marta. *Ecoanimal: Una estética plurisensorial, ecologista y animalista*. Madrid, España. Plaza y Valdés Editores. 2019.
- › TORRALBA, Francesc. Filosofía de la no dualidad y derechos de los animales. En: LACADENA, Juan Ramón. *Dilemas éticos de la medicina actual: Los derechos de los animales*. Madrid, España. Editorial Desclée De Brouwer. 2002. 15: 57-79.
- › VANHAM, Davy; HOEKSTRA, Arjen y BIDOGLIO, Giovanni. Potential water saving through changes in European diets. *Environment international*. 2013. 61: 45-56.
- › VARGAS, Ronulfo. Elementos para la consideración de una ética ambiental. *Trama, Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*. Santiago, Chile. 2009. 1(2): 10-29.
- › WARREN, Karen. Feminism and ecology: Making connections. *Environmental ethics*. Texas, EE.UU. 1987. 1(9): 3-20.
- › WARREN, Karen (ed.). *Filosofías ecofeministas*. Barcelona, España. Icaria Editorial. 2003.

- › WOLKMER, Antonio Carlos, S. WOLKMER, María de Fátima. y FERRAZZO, Debora. Derechos de la Naturaleza: para un paradigma político y constitucional desde la América Latina. En: ESTUPIÑÁN, Liliana; STORINI, Claudia; MARTÍNEZ, Rubén; DE CARVALHO DANTAS, Fernando Antonio (Editores). *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá, Colombia. Universidad Libre. 2019.
- › ZULETA, Mónica; CUBIDES, Humberto y ESCOBAR, Manuel. *¿Uno solo o varios mundos? Diferencia, subjetividad y conocimientos en las ciencias sociales contemporáneas*. Bogotá, Colombia. Siglo del Hombre Editores. 2007.

JURISPRUDENCIA CITADA

- › Cámara Federal de Casación Penal. Orangutana Sandra s/ recurso de casación s/ *habeas corpus*. (18.12.2014). Causa N° CCC 68831 2014 CFC1.
- › Primer Juzgado Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial. F. C/ S.R.M.R. P/ maltrato y crueldad animal. (20.04.15) No 36.598.
- › Tercer Juzgado de Garantías de Mendoza. Asociación de funcionarios y abogados por los derechos de los animales y otros contra GCBA sobre amparo. (03.11.2016). Expediente P-72254/15.

ANIMALES SILVESTRES, UNA REVISIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO PRODUCTIVISTA CHILENO

WILD ANIMALS, A REVIEW OF THE CHILEAN PRODUCTIVE LEGAL SYSTEM

CAMILA ZÁRATE ZÁRATE

EGRESADA DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE
VOCERA VALPARAÍSO MOVIMIENTO PLURINACIONAL POR EL AGUA Y LOS
TERRITORIOS.
CAMILA.ZARATEZARATE@GMAIL.COM

Resumen: Animales que “viven naturalmente libres e independientes del hombre”, así define nuestro Código Civil a esta clase de animales, que cada día se encuentran menos libres y vivos. Durante este trabajo se realizará una exhaustiva revisión de la normativa chilena relacionada con los animales silvestres, con especial énfasis en el derecho internacional, ambiental y administrativo; el objetivo de ello es, en primer lugar, demostrar el enfoque antropocéntrico y productivo de la regulación que se extrae de la sola lectura y análisis de su articulado, y, en segundo lugar, contar con las herramientas necesarias para pensar en una transformación institucional radical del tratamiento jurídico de los animales silvestres en Chile.

Palabras claves: Silvestres, libres, cautiverio, explotación, protección.

Abstract: Animals that “live naturally free and independent of man”, this is how our Civil Code defines this class of animals, which are less free and alive every day. During this work, an exhaustive review of Chilean regulations related to wild animals will be carried out, with special emphasis on international, environmental and administrative law; the objective of this is, firstly, to demonstrate the anthropocentric and productive approach to regulation that is extracted from the mere reading and analysis of its articles, and, secondly, to have the necessary tools to think about a radical institutional transformation of the legal treatment of wild animals in Chile.

Keywords: Wild, free, captivity, exploitation, protection.

INTRODUCCIÓN

Las leyes en Chile han sido creadas desde una óptica de explotación de corte antropocéntrico, que históricamente ha tratado a la naturaleza y los animales como meros recursos instrumentales a los intereses del hombre. Así, según esta visión hegemónica, la existencia de los demás seres vivos sólo nos hace sentido en tanto satisfacen determinadas necesidades humanas. Al punto de que olvidamos no solo su valor intrínseco sino también su existencia, quedando los animales al alero de actividades productivas donde predominan “las decisiones y las valoraciones en términos económicos, instrumentales o estratégicos”¹.

Para el Código Civil de Chile, que data de 1855, las personas son “todos los individuos de la especie humana” (art. 54) y las cosas corresponden a todo lo que existe física o moralmente, exceptuando al ser humano. De esta manera, se consagró jurídicamente el fenómeno antropocéntrico de la cosificación, mediante la cual todo lo que rodea al ser humano es para el Derecho una simple cosa, que no puede poseer derechos intrínsecos y se posiciona a merced de la explotación del hombre para sus distintos fines.

Los animales son parte de esas cosas. En particular, el Código Civil chileno dispone que los animales son cosas muebles semovientes, esto es, que pueden transportarse de un lugar a otro moviéndose por ellas a sí mismas (art. 257 CC). Condición que, últimamente, ha recibido muchas críticas desde la sociedad civil, y, además, refleja un evidente retraso jurídico en relación con la condición jurídica que revisten hoy en día los animales no humanos en legislaciones más modernas de otros países del globo.

Mientras esta condición jurídica permanece inamovible, se ha desarrollado con los años un progresivo fenómeno de entregar un cierto grado de protección a determinadas especies animales; el cual obedece, al fin y al cabo, a distintos intereses humanos, entre los que se encuentran: evitar enfermedades; preservar servicios ecosistémicos; garantizar una alimentación segura; evitar problemas productivos; generar beneficios terapéuticos; entre muchos otros. Es más, basta mencionar que el término “animal de compañía”, pese al enorme avance normativo asociado, también obedece a un rol que este animal no humano está cumpliendo en función del animal humano. En esa misma línea, y salvo ciertas excepciones, la normativa administrativa chilena relevante en materia de derecho animal establece ciertas obligaciones, prohibiciones y sanciones que miran el interés humano colectivo por encima del interés del animal considerado por sí mismo.

1 VALDIVIESO, Joaquín y CAPELLÀ VIDAL, Aina. Animales productivos: El papel económico de los animales no humanos y los retos morales que implica. *Revista de Bioética y Derecho*. Barcelona, España. 2009. 17: 50-57. p. 54.

Por añadidura, la mayor parte de esta robusta y dispersa normativa administrativa se ha construido sobre la base de dos intereses humanos específicos: el productivo y el sanitario. Para ejemplificar, podemos traer a colación el Código Sanitario que existe desde 1968, el cual autoriza el sacrificio de animales propagadores de enfermedad (art. 31) y establece la protección de viviendas contra animales que puedan transmitir enfermedades (art. 77, f)²; también, el Decreto con Fuerza de Ley (“D.F.L”) N°16 de 1963, Sobre sanidad y Protección Animal, que permitió la eliminación de los animales que padecieran taras o anomalías que afectasen la productividad (art. 4 bis y 9 bis). Incluso, sin ir más lejos, la sola circunstancia de que el órgano de la administración a cargo de los animales terrestres sea el Servicio Agrícola y Ganadero (“SAG”) y el órgano encargado de los animales acuáticos sea el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (“SERNAPESCA”), ambas agencias estatales cuyo objetivo es contribuir al desarrollo de la industria que los explota y sacrifica, ilustra lo que se viene señalando. En efecto, al momento de proteger la normativa administrativa a los animales, dicha protección recae en ciertos animales, y no en todos, dividiendo competencias estatales según el área productiva involucrada.

En este artículo nos ocuparemos de la normativa administrativa que recae sobre los animales de tipo silvestres, los cuales se encuentran definidos en el art. 608 del Código Civil como aquellos “que viven naturalmente libres e independientes del hombre”. Según esta rama del derecho, los animales reciben un tratamiento jurídico diferenciado en base a criterios estrictamente ambientales, de manera que son protegidos legalmente solo si su población natural es reducida y/o su valor ecosistémico es alto, pero si su población natural es abundante y/o su valor ecosistémico es bajo, está permitido perseguirlos y asesinarlos. La razón que sustenta estas desdeñables acciones es el imperante régimen de propiedad que pesa sobre los animales, el cual estipula que “la caza y pesca son especies de ocupación por las cuales se adquiere el dominio” (art. 607 del Código Civil).

Como veremos, la primera preocupación por los animales silvestres en Chile nace a raíz de la ineludible necesidad mundial de preservar la naturaleza que surge en los sesenta, década en que la humanidad pudo apreciar por primera vez su planeta desde el espacio, dándose cuenta de que se trataba de un planeta frágil, finito y que no distingue las fronteras entre los Estados. En ese escenario, Chile comienza a suscribir tratados internacionales sobre flora, fauna y medio ambiente, por lo que los animales adquieren un valor desde un enfoque colectivista que los mira como componentes de la biodiversidad, es decir, partes de una amplia variedad de seres vivos que habitan la Tierra. Así, las preocupaciones normativas se orientan en la protección de la vida salvaje y de las especies en peligro de extinción, despreocupándose de aquellos animales que no pertenecían a estas categorías.

2 En el año 2009, el art. 19 de la Ley N°20.380 reformó este artículo agregando que los métodos a utilizarse deberán ser racionales y evitar el sufrimiento innecesario de los animales vertebrados.

Siguiendo con este enfoque ambiental, en la Constitución de 1980 se consagra el derecho humano a vivir en un medioambiente libre de contaminación a través del art. 19 N°8, que incluye el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza. Años después, y a propósito de este rol constitucional del Estado, en 1992 se ingresa un mensaje presidencial que en 1994 se convierte en la Ley N°19.300 sobre Bases Generales de Medioambiente (que más adelante sería modificada por la Ley N°20.417, que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, el año 2010). Esta ley constituye legislación ambiental aplicable a los animales, dado que –según este cuerpo legal– deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental “aquellos proyectos de agroindustria, mataderos, planteles y establos de crianza, lechería y engorda de animales, que cuenten con dimensiones industriales”. A su vez, se establece que las especies de plantas, hongos y animales silvestres deben ser clasificadas sobre la base de antecedentes científico-técnicos y recomendaciones de organismos internacionales, para la posterior aprobación de planes de recuperación, conservación y gestión en favor de dichas especies.

En los noventa, nuestra legislación aún no se compadecía con el bienestar animal, pese a que en enero de 1973 había pasado a segundo trámite constitucional un proyecto de ley que protegía a los animales, el cual se vio frustrado por la disolución del Congreso Nacional fruto de la llegada de la dictadura militar. Una vez retornada la democracia, en el año 1995 ingresó la moción del Boletín N°1721-12 a la Cámara de Diputados, proyecto de ley titulado “sobre protección de los animales”. Este proyecto confeccionado por un grupo interdisciplinario, bajo el patrocinio del Diputado Exequiel Silva y el Colegio Médico Veterinario de Chile, constaba de 25 artículos y tenía por objetivo lograr una ley chilena de protección de todos los animales bajo la premisa del Derecho de igualdad moral, el cual apunta “a que los animales también tienen capacidad de sufrimiento”³, alejándose así de la premisa de evitar el perjuicio social que apareja el endurecimiento del corazón humano⁴, que pretendía el proyecto de ley de los años setenta. Lamentablemente, el proyecto luego de años de álgida discusión, no pudo ver la luz debido a una divergencia no resuelta entre la cámara de origen y la revisora respecto del tratamiento punitivo que se daría a las infracciones contempladas. La situación se intentó subsanar con el ingreso al Senado de la moción del Boletín N°3327-12 en el año 2003, pero dicha moción, que también derivó en Comisión Mixta tras 7 años de tramitación, presentaba serias deficiencias de técnica legislativa.

A raíz de lo anterior, el 13 de mayo del año 2009 ingresa al Senado la moción del Boletín N°6521-12, la cual logra, en ese mismo año, crear la Ley N°20.380, Sobre Protección de Animales, gracias a un gran acuerdo político y una mayor consciencia sobre el

³ Proyecto de ley sobre protección de los animales, Boletín N°1721-12 (1995), p.1.

⁴ Ibid. p. 3.

tema⁵. Esta ley, que consta de 19 artículos, trata materias específicas relacionadas con educación; delito de maltrato animal; parques zoológicos; producción, transporte y sacrificio de animales de granja; experimentos en animales, y deportes que usen animales, todo lo cual marca un importante precedente, pero presenta una serie de falencias que poco permiten la protección de los animales en la práctica. Por su parte, la ley también trata materias generales, como lo es el artículo 2°, que establece la obligación de cuidar y proporcionar alimento y albergue adecuado a toda persona que, a cualquier título, tenga un animal; y el artículo 17° que establece la aplicación supletoria de las normas de esta ley.

A su vez, para la aplicación de esta ley, el Ministerio de Agricultura creó en el año 2013 tres reglamentos complementarios, cuyo cumplimiento es fiscalizado por el SAG de la cartera, estos son: el Decreto N°28 sobre Protección de los Animales que provean de carne, pieles, plumas y otros productos al momento del beneficio en establecimientos industriales; el Decreto N°29 sobre protección de animales durante su producción industrial, su comercialización, y otros recintos de mantención de animales; y el Decreto N°30 sobre Transporte de Animales. De estos reglamentos, solo el Decreto N°29 corresponde a legislación aplicable a animales silvestres, en vista de que, según el art. 1°, este reglamento “establece normas de protección de los animales domésticos y fauna silvestre, en todas sus categorías”, por lo que no se reduce a una categoría específica de animales.

Si seguimos revisando este itinerario legislativo, resulta relevante destacar que, al paralelo de una lenta tramitación del proyecto de ley sobre tenencia responsable (orientado a animales domésticos de “compañía”), en octubre del año 2015 se lanzó en el Congreso Nacional de Valparaíso la conformación de la bancada animalista chilena “Parlamentarios por la Dignidad Animal” (PARDA). Segunda de su tipo en Latinoamérica, esta bancada se crea con la intención de ser un receptor y generador de iniciativas legales cuyo objeto sea la protección de los animales no humanos en Chile.

En la misma línea, durante el año 2016, ingresan diversos proyectos de ley del ramo al Congreso Nacional, mediante mociones parlamentarias provenientes tanto de la bancada PARDA como de otros parlamentarios, algunos ejemplos son: el Boletín N°10.514-11 que busca prohibir la experimentación en animales para la elaboración de productos cosméticos; el Boletín N°10.689 que busca la prohibición absoluta de

5 En la historia de la Ley N°20.380 el diputado Señor Fulvio Rossi reconoce que el proyecto en debate ya había sido discutido en varias ocasiones en la Cámara, pero resalta la “gran evolución” del Congreso Nacional y los partidos políticos “en entender como una prioridad evitar el maltrato y actos de crueldad hacia los animales”. Además, puntualiza la siguiente experiencia: “Todavía recuerdo la primera vez, hace siete años, que se discutió una iniciativa similar a ésta. En esa oportunidad, algunos parlamentarios -muchos de ellos ya no están aquí- incluso maullaban en la Sala. Ello demuestra que en ese tiempo esta materia no era relevante”.

tenencia de animales en circos y espectáculos circenses; el Boletín N°10.651 sobre bienestar animal, que abarca temas como la caza, los zoológicos y la naturaleza jurídica de los animales; y el Boletín N°10.604-12 que modifica la Constitución en materia de protección de plantas y animales.

Así las cosas, en enero del año 2017 ocurre un hecho que provoca una conmoción pública tal que hace insostenible continuar la espera con respecto a los “animales de compañía”: Una brutal golpiza con resultado de muerte, propiciada a un perro abandonado de nombre “Cholito”, habría ocurrido en Recoleta por orden de la dueña del local donde se refugiaba el animal. Ante la horrorosa situación, que habría sido registrada y enormemente difundida, la ciudadanía demandaba pena de cárcel para los culpables, pero, también, para todos aquellos que cometen abandono animal impunemente en nuestro país. En respuesta a las exigencias, el ejecutivo propone ese mismo mes a la Comisión Mixta del Congreso forma y modo de resolver las divergencias existentes desde el año 2014 para que la esperada ley se hiciera realidad. El informe de la Comisión Mixta fue aprobado por ambas cámaras en mayo de 2017 y el proyecto de ley, que fue rebautizado popularmente por los medios de comunicación como “Ley Cholito”, se convierte en la Ley N° 21.020 el día 2 de agosto de 2017.

Al mismo tiempo, durante la tramitación de esta ley administrativa, también se sometió a consideración de la Comisión Mixta una proposición de reforma al art. 291 bis del Código Penal⁶. Al respecto, reseñar que el derecho penal chileno ha tutelado éticamente a los animales desde 1874, al principio como una simple falta y desde 1989 mediante el delito de maltrato o crueldad con animales del artículo 291 bis; el cual engloba a todos los animales, sin categorización. Aun así, la técnica jurídica del articulado adolecía de graves vacíos y falencias que resultaban en una amplia discrecionalidad judicial. Por lo mismo, lo que se buscó con la proposición de reforma (que fue acogida en parte) fue permitir que, efectivamente, el infractor del delito de maltrato animal termine en la cárcel.

Como es posible vislumbrar de esta lenta y entrampada evolución legislativa, la regulación de los animales silvestres en Chile se concentra principalmente en el ámbito del derecho internacional, ambiental y administrativo. Por consiguiente, en adelante realizaré una revisión de estos instrumentos normativos con el objeto de develar no sólo la presente mirada antropocéntrica y productivista del marco institucional, sino la necesidad de pensar en una transformación jurídica radical que sea capaz de poner a los animales silvestres en el centro, mediante la comprensión de que la estrategia antropocéntrica que defiende a los animales silvestres a través de derechos e intereses humanos ha fracasado.

⁶ De la Diputada Fernández (PARDA), los Diputados Mirosevic (PARDA) y Torres, y los Senadores Girardi y Rossi.





PROTECCIÓN DE LOS ANIMALES EN CONVENCIONES Y TRATADOS INTERNACIONALES

Como se adelantaba, a propósito de la fuerza que comienza a adquirir la preocupación ambiental internacional a mediados del siglo pasado, Chile comienza a firmar acuerdos internacionales con miras a la protección de especies animales que se encuentren en peligro de extinción o signifiquen un “aporte” al equilibrio del ecosistema. Algunos de los convenios que cumplen con esta finalidad son los siguientes: La Convención para la protección de la flora, fauna y bellezas escénicas naturales de América de 1940, aprobado por Chile en 1967; el Convenio Internacional para regular la caza de ballenas de 1942, aprobado por Chile en 1979; el Convenio sobre zonas húmedas de Importancia Internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas (RAMSAR) de 1971, aprobado por Chile en 1981; la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres de 1973, aprobada por Chile en 1975; la Convención sobre conservación de focas antárticas de 1972, aprobada por Chile en 1980; el Convenio sobre la conservación de especies migratorias de la fauna salvaje de 1979, aprobado por Chile en 1981; la Convención para la conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos de 1980, aprobada por Chile en 1981; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios, suscrita por Chile en 1982 y promulgada en 1997; el Convenio sobre la diversidad biológica de 1992 (Río), aprobado por Chile en 1995; y la Convención interamericana para la protección y conservación de las tortugas marinas, aprobada por Chile el 2010.

La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), que entró en vigor en 1975, es un acuerdo internacional entre más de 150 países miembros alrededor del mundo. En cuyo preámbulo se reconoce que la fauna y flora silvestre “tienen que ser protegidas para esta generación y las venideras” y que “la cooperación internacional es esencial para la protección de ciertas especies de fauna y flora silvestres contra la explotación excesiva mediante el comercio internacional”.

Si bien, la Convención no prohíbe el comercio de especies (sin perjuicio de que cada país miembro puede establecer medidas internas más estrictas, según el art. XIV), sino que optó por regular “el traspaso a nivel de fronteras de especies que se encuentran con problemas de conservación”⁷, ésta ha demostrado un grado de efectividad en la conservación de especies en peligro de extinción que son o pueden ser afectadas por el comercio, y que están listadas en el apéndice I del Convenio.

7 SERVICIO AGRÍCOLA Y GANADERO [s.a.], “Convención CITES” [en línea] [fecha de consulta: 30 de mayo 2020]. Disponible en <http://www.sag.gob.cl/ambitos-de-accion/convencion-cites>

El comercio está definido en el art. 1° letra c) como “exportación, reexportación, importación e introducción procedente del mar” (dejando fuera el comercio interno), y para efectuarse requiere de certificados emanados de la autoridad administrativa designada por el país miembro, previo cumplimiento de requisitos. Algunos requisitos exigidos en los art. III, IV y V de la CITES son: que una autoridad científica del Estado haya manifestado que ese comercio “no perjudicará la supervivencia de dicha especie”; que una autoridad administrativa “haya verificado que todo espécimen vivo será acondicionado y transportado de manera que se reduzca al mínimo el riesgo de heridas, deterioro en su salud o maltrato”; que una autoridad científica “haya verificado que quien se propone recibir al animal lo podrá albergar y cuidar adecuadamente” (esto último, lamentablemente, ha permitido que animales silvestres hayan sido exportados para mantenerlos en cautividad, en peores condiciones de bienestar); entre otros.

El gobierno de Chile suscribió el 16 de septiembre de 1974, en Berna, Suiza, la CITES, adoptada en Washington el 03 de marzo de 1973, depositando el instrumento de ratificación el 14 de enero de 1975. Desde ese momento, Chile emitió los certificados de comercio y participó de todas las Conferencias de las partes, pero se mantenía en la categoría 2 de 3 en relación con el cumplimiento de la Convención debido a que no contaba con instrumentos legales para proteger todos los tipos de flora y fauna silvestre a nivel nacional (la Ley N°4.601, Sobre Caza, posteriormente reformada por la Ley N°19.473 sólo se aplicaba a la fauna terrestre) ni tampoco realizaba la entrega de informes anuales y bienales a la Secretaría, exigidos por el art. VIII N°7 de la Convención. Por consiguiente, y a modo de mejorar nuestra posición, en marzo de 2010 el gobierno de Bachelet presentó al Congreso Nacional un proyecto de ley para mejorar la aplicación de la CITES, el cual fue aprobado en agosto de 2016, dando origen a la Ley N°20.962, que Aplica Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestre. Esta ley sanciona con mayores penas el delito de comercio ilegal de especies amenazadas de flora y fauna silvestre; establece de forma clara las atribuciones de las autoridades administrativas, científicas y de observancia; y custodia el destino de las especies protegidas en casos de incautación y decomiso.

Finalmente, la CITES, en su art. II, establece que el comercio con los animales silvestres pertenecientes al Apéndice I (que incluye a todas las especies en peligro de extinción que son o pueden ser afectadas por el comercio) debe “estar sujeto a una reglamentación particularmente estricta a fin de no poner en peligro aún mayor su supervivencia y se autorizará solamente bajo circunstancias excepcionales”. Esta reglamentación también forma parte del ordenamiento jurídico interno chileno.

Siguiendo con la preocupación respecto del hábitat de los animales silvestres, es posible encontrarnos con convenciones relevantes, como lo es el “Convenio sobre

la conservación de especies migratorias de la fauna salvaje” (CMS), del que Chile es parte (junto a más de 120 países) desde 1983⁸, adoptándolo mediante Decreto Supremo. N°868 de 1981. Este Convenio, que define hábitat como “zona que contiene condiciones de vida adecuadas para esa especie”, dispone, en sus anexos I y II, de un listado de mamíferos, aves, reptiles, peces e insectos, respecto de los cuales los Estados parte deben cumplir obligaciones para su conservación. En general, las partes, según el art. II N°3, deberán: fomentar la investigación; otorgar protección inmediata a las especies del apéndice I y esforzarse por concluir acuerdos para la conservación de las especies del anexo II. En cumplimiento del convenio, Chile adoptó, por ejemplo, el acuerdo multilateral vinculante “para la Conservación de Albatros y Petreles” (ACAP), dado que, según la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, “Chile es un país a través del cual distintas aves marinas migran en búsqueda de alimento, [...] en el caso de las especies de albatros protegidas por el Acuerdo, once visitan habitualmente nuestra jurisdicción durante sus migraciones”⁹. Además, según el art. III de este Convenio, las partes que son Estados del área de distribución de una especie migratoria –esto es, que en su jurisdicción existe un área terrestre o acuática en la que la especie migratoria habita, permanece temporalmente, cruza o sobrevuela en cualquier momento de su ruta migratoria normal– se esforzarán por: conservar (o readecuar) aquellos hábitats de las especies que sean de importancia para alejarlas del peligro de extinción; prevenir o eliminar los obstáculos que impidan la migración (incluyendo la prohibición de captura de animales que pertenezcan a dichas especies); y controlar los factores que estén poniendo en peligro la especie migratoria, como lo es la introducción de especies. Vale la pena puntualizar que Chile es parte del rango geográfico de 76 especies migratorias del listado¹⁰ y ha adoptado instrumentos respecto de algunas de éstas, como ocurre con los gansos de cabeza rubia, los flamencos altoandinos, los tiburones y los huemules sur andinos. Por lo mismo, le corresponde a nuestro país enviar informes acerca de las medidas adoptadas para conservar estas especies, seis meses antes de cada Reunión de Partes (art. VI Convenio).

8 Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals (CMS), “Parties and Range States” [en línea] 2019 [fecha de consulta: 30 de mayo 2020]. Disponible en: <https://www.cms.int/en/parties-range-states>

9 SUBPESCA, [s.a], “Acuerdo para la Conservación de Albatros y Petreles – ACAP” [en línea] [fecha de consulta: 30 de mayo 2020]. Disponible en: <http://www.subpesca.cl/portal/616/w3-article-60225.html>

10 CMS, [s.a.], “Chile” [en línea] fecha de consulta: 30 de mayo 2020]. Disponible en: <https://www.cms.int/en/country/chile>



PREOCUPACIÓN DE LOS ANIMALES SILVESTRES DESDE EL DERECHO AMBIENTAL

Es importante señalar que la preocupación por los animales silvestres desde el Derecho Ambiental está especialmente dirigida a la protección de las especies nativas de nuestro país en tanto forman parte de un patrimonio ambiental. Se trata, entonces, de un valor utilitario que no se interesa por el valor moral intrínseco de estos individuos.

El art. 37 de la Ley N°19.300 de bases del medioambiente dispuso la creación de un reglamento (Reglamento para la clasificación de especies silvestres según estado de conservación, Decreto Supremo N°29 Ministerio del Medio Ambiente ("MMA" de 2011, que reemplazó el Decreto Supremo N°75 Ministerio Secretaria General de la Presidencia de 2004) para fijar el procedimiento de clasificación de las especies de animales silvestres. Según este reglamento, la clasificación se realiza en base a cinco categorías de Conservación, atendido el riesgo de extinción de sus poblaciones naturales, las cuales son: extinta; extinta en estado silvestre; en peligro crítico; en peligro; vulnerable; casi amenazada; preocupación menor; y datos insuficientes. A su vez, la Ley N°19.300 indica que "de conformidad a dichas clasificaciones, el Ministerio del Medio Ambiente deberá aprobar planes de recuperación, conservación y gestión de dichas especies" (art. 37 inc. 2° Ley N°19.300)¹¹. Asimismo, el art. 38° afirma que dicho Ministerio velará "que los organismos competentes del Estado elaboren y mantengan actualizado un inventario de especies de plantas, algas, hongos y animales silvestres y fiscalizarán las normas que imponen restricciones a su captura, caza, comercio y transporte, con el objetivo de adoptar las acciones y medidas tendientes a conservar la diversidad biológica y preservar dichas especies" (art. 38 Ley N°19.300).

Además de la captura, caza, pesca y comercio, otra importante amenaza que sufren estas especies protegidas consiste en la destrucción de sus hábitats, para lo cual también existe normativa ambiental pertinente. En ese sentido, el art. 11 d) de la Ley N°19.300 indica que los proyectos o actividades requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental si se localizan "en o próximo a poblaciones, recursos y áreas protegidas". Además, según el art. 10 p) del mismo cuerpo legal, deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental los proyectos que

¹¹ La formulación de éstos se rige por el Decreto Supremo N°1 MMA de 2014, "Reglamento para la elaboración de planes de recuperación, conservación y gestión de especies", donde se establece un Comité de Planes (art. 6 a 11 Reglamento) integrado por profesionales del MMA, Subsecretaría de Pesca ("SUBPESCA"), SERNAPESCA, SAG, Corporación Nacional Forestal ("CONAF") y Museo Nacional de Historia Natural ("MNHN") para asesorar y apoyar al MMA en la elaboración de los planes, así como velar por su implementación (la labor de implementación, además, será coordinada por un "Grupo de Seguimiento", integrado por el MMA y los demás órganos de la administración del estado con competencia sobre las especies objeto del plan, art. 22 Reglamento).

consistan en la “ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial”. Respecto de estas áreas, el art. 24 del mismo cuerpo legal dispone que “el Estado administrará un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, que incluirá los parques y reservas marinas, con objeto de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental”, y entrega su administración al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas¹². Al mismo tiempo, desde el año 1984, mediante Ley N°18.362, Chile cuenta con un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (“SNASPE”), integrado por las categorías de manejo indicadas en su art. 3° y que son: Reservas de Regiones Vírgenes, Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales. Esta ley estipuló que dichas unidades de manejo se crean con un claro objetivo de conservación, mediante “decretos supremos expedidos a través del Ministerio de Bienes Nacionales, los que deberán llevar también la firma del Ministro de Agricultura” (art. 8° Ley N°18.362). A su vez, esta ley entregó la administración, vigilancia y control de las unidades de manejo a la Corporación Nacional Forestal (“CONAF”), debido al rol de conservación de los “recursos forestales del país” que cumplía desde los 70 (art. 8° Ley N°18.362)¹³.

IV

REGULACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS ANIMALES SILVESTRES EN ESTADO NATURAL

Las restricciones respecto de especies nativas o protegidas, ya sea por convenios internacionales o por normas de derecho ambiental, han sido históricamente incorporadas en El Decreto N°430, Ley General de Pesca y Acuicultura, para las especies hidrobiológicas y en la Ley de Caza para las especies terrestres. Esto significa que la preocupación estrictamente ambiental por las poblaciones de los animales silvestres es, además, antropocéntrica y economicista, dado que se plasma en los mismos cuerpos legales que permiten la apropiación y explotación de estos individuos vivos o muertos, sin que exista una ley especial que se preocupe por su bienestar, ni individual ni colectivo. Así, la mayoría de la regulación de los animales silvestres se encuentra al alero de los cuerpos normativos que norman su aprovechamiento productivo, los cuales distinguen entre instituciones y actividades existentes en el medio terrestre y acuático:

¹² Al término de este trabajo el Servicio aún no ha sido creado. El mensaje que busca su constitución fue ingresado al Senado en junio del año 2014, mediante Boletín N°9404-12.

¹³ Corporación Nacional Forestal (CONAF) [S.A.], “¿Quiénes somos? Historia” [en línea] [fecha de consulta: 30 de mayo 2020]. Disponible en: <http://www.conaf.cl/quienes-somos/historia/>

1. ANIMALES SILVESTRES DE MEDIOS TERRESTRES

El art. 1° de la Ley de Caza señala que sus disposiciones “se aplicarán a la caza, captura, crianza, conservación y utilización sustentable de animales de la fauna silvestre, con excepción de las especies y los recursos hidrobiológicos”, posicionándose, desafortunadamente, este cuerpo normativo (junto a su reglamento) como la principal legislación sobre fauna silvestre terrestre del país, y el SAG (División de Protección de los Recursos Naturales Renovables, Subdepartamento de Vida Silvestre) –servicio de fomento productivo, vinculado al Ministerio de Agricultura– como la entidad a cargo de fiscalizar su cumplimiento, gracias al art. 28 de la ley.

Según esta entidad, la publicación de esta Ley N°4.601 y su reglamento en 1929 “produjo una fuerte reducción en el uso de las especies de fauna silvestre en el país”¹⁴. No obstante, la anterior situación se explica porque previamente solo existía, respecto de la fauna silvestre, la regulación referida al modo de adquirir su propiedad mediante la “ocupación” en el Código Civil (Título IV, Libro II). En cambio, con esta ley, comienzan a regularse aspectos administrativos junto con el aspecto patrimonial¹⁵, como lo es la prohibición de cazar en época de veda o las exigencias de obtención de un permiso de caza y de ingresar al Registro Nacional de Cazadores para practicar la actividad. Así también, años después, a raíz de la restructuración de la Ley de Caza en 1993 por la Ley N°19.473, se suman nuevas exigencias administrativas, como lo es la autorización expresa del dueño de la propiedad (art. 609 y 610 CC) y un plazo de vigencia de dos años para el permiso de caza.

2. ANIMALES SILVESTRES TERRESTRES PROTEGIDOS

Lo destacable de la Ley N°19.473 consiste en que su título II establece prohibiciones de caza o captura¹⁶ para ciertas especies de animales (especies prohibidas de caza) y para ciertos territorios del país en que éstos habitan (áreas prohibidas de caza y otros). Sin embargo, en ambos casos, según estipula el art. 7 inc. final y el art. 9 de la ley, se podrán efectuar estas acciones de igual manera, con previa aprobación del SAG, acreditando que éstas obedecen a: (1) fines científicos/de investigación; (2) fines de establecimiento de centros de reproducción o criaderos; o (3) fines de “utilización sustentable del recurso”. Por lo tanto, en Chile ningún animal ni territorio “protegido” goza de prohibición absoluta de caza o captura, situación que posibilita que los animales sean igualmente asesinados o trasladados de sus hábitats naturales.

14 Servicio Agrícola y Ganadero, Subdepartamento de Vida Silvestre. La Ley N° 19.473 y su Reglamento [en línea] [fecha de consulta: 30 de mayo 2020]. Disponible en: https://www.sag.gob.cl/sites/default/files/ley_de_caza_2017.pdf.

15 De hecho, el art. 38 de la Ley de Caza indica que “no se adquirirá el dominio por ocupación” de los especímenes y sus productos hecha con infracción a la ley y su reglamento.

16 O venta de animales y productos provenientes de estas faenas de caza y captura, según el art. 6 de la ley.

Respecto de los territorios protegidos, el art. 7° de la ley prohíbe la caza o captura en: (1) zonas colocadas bajo protección oficial (las categorías de manejo del SNASPE y los santuarios de la naturaleza); (2) áreas prohibidas de caza (el presidente de la república, por intermedio del Ministerio de Agricultura, podrá prohibir temporalmente la caza o captura en determinadas áreas o sectores del territorio, según el art. 4°); (3) zonas urbanas; (4) líneas de ferrocarriles; (5) aeropuertos: (6) en y desde caminos públicos; (7) lugares de interés científico; y (8) "lugares de aposentamiento de aves guaníferas".

Asimismo, en cuanto a las especies "protegidas", el art. 3° inc. 1° prohíbe en todo el territorio nacional la caza o captura de tres categorías de especies de animales silvestres: en primer lugar, las catalogadas como especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o escasamente conocidas; en segundo lugar, las catalogadas como beneficiosas para la actividad silvoagropecuaria y para la mantención del equilibrio de los ecosistemas; y, en tercer lugar, las que presenten densidades poblacionales reducidas. A raíz de lo anterior, el reglamento, por mandato del art. 3° de la ley, señala en su art. 4° la nómina de especies cuya caza o captura está prohibida en todo el territorio, nómina que incluye a más de 700 anfibios, reptiles, aves, mamíferos e invertebrados, muchos de los cuales, además, están protegidos por otras normativas tanto nacionales como internacionales. Por ejemplo, la nómina incluye al huemul, la chinchilla costina, la chinchilla cordillerana, el cóndor, el picaflor de Arica y el picaflor de Juan Fernández, todos los cuales fueron declarados "monumento natural" mediante Decreto N°6 del Ministerio de Agricultura el año 2006. Otro ejemplo lo constituye la vicuña, que, estando incluida en la nómina, además se encuentra protegida por el Convenio para la conservación y manejo de la Vicuña, suscrito en Lima el 29 de diciembre de 1979. Además, para mayor abundamiento, la nómina guarda relación con la CITES, la CMS, y el Reglamento para la clasificación de especies silvestres según estado de conservación.

En concreto, la Ley de Caza contiene disposiciones que buscan hacer efectiva la protección de estas especies (en los márgenes ya mencionados), por ejemplo, el art. 22° establece que "todo tenedor de animales, vivos o muertos", pertenecientes a especies protegidas o incluidas en los Anexos I y II de la CMS deberá "acreditar su legítima procedencia o su obtención en conformidad con esta ley". Otro ejemplo es el art. 35, que, con una redacción poco feliz, establece que "caerán siempre en comiso los animales, piezas, partes o subproductos de los ejemplares cazados o capturados en contravención a esta ley o a su reglamento".

Asimismo, según el art. 36, si el decomiso es de animales vivos, estos serán destinados a Centros de Rescate y Rehabilitación; liberados en áreas silvestres protegidas o destinados a Centros de Reproducción (el SAG cuenta con funcionarios capacitados en técnicas de contención y traslado de animales silvestres para fines de decomiso o rescate), pero si el decomiso es de animales muertos o sus partes, éstos se rematarán

o entregarán a alguna institución de beneficencia. Inclusive, el art. 25 establece que toda introducción en el territorio de especies exóticas (o su semen, huevos o larvas) requerirá de la autorización previa del SAG, para lo cual el interesado deberá presentar una solicitud 60 días antes de la internación y cumplir con exigencias sanitarias y de identificación. Además, si la especie está protegida por la CITES se requerirá permiso de la Autoridad Administrativa CITES del país de origen. Mismo permiso que el interesado deberá pedir al SAG (autoridad administrativa CITES de Chile en fauna terrestre por Ley N°20.962) si desea exportar una especie protegida por la CITES desde nuestro país, trámite que deberá pasar por la evaluación de las autoridades científicas competentes. En caso de incumplimiento, “los animales que son interceptados en las barreras son devueltos al país de origen, con lo cual se disminuye el riesgo sanitario para el país. Los ejemplares decomisados al interior del país son devueltos al país de origen cuando es posible, o, en caso contrario, son remitidos a centros de rescate o zoológicos acreditados”¹⁷.

3. ANIMALES TERRESTRES DESPROTEGIDOS

En contraste con lo que se venía mencionado, la ley desprotege de plano la vida de todos aquellos animales que pertenezcan a las más de 40 especies cuya caza se permite en nuestro país. Así, según el art. 3° inc. 2° de la ley, respecto de “las demás especies” que no están protegidas¹⁸, su caza está permitida para todo fin (incluido recreativo y comercial), sin perjuicio de que el reglamento “podrá establecer vedas, temporadas y zonas de caza o captura; número de ‘ejemplares’ que podrán cazarse o capturarse por jornada, temporada o grupo etario y demás condiciones en que tales actividades podrán desarrollarse”. A raíz de ello, el art. 5° del Reglamento dispone cuál es la cuota por jornada y el periodo de caza correspondiente a cada una de estas especies, entre las que se encuentran: la perdiz, el yeco, el caiquén, la codorniz, la tórtola, el zorzal, el chirihue, el tordo, la diuca, el jilguero, el faisán y seis especies de pato. A su vez, y en la misma línea de establecer otras condiciones al ejercicio de la caza, el art. 5° de la ley establece la prohibición “en toda época de levantar nidos, destruir madrigueras o recolectar huevos y crías”, a menos que el SAG lo autorice para “fines científicos” o de reproducción, o se trate de animales pertenecientes a especies declaradas “dañinas”.

De esta manera, los animales que pertenecen a especies de fauna silvestre catalogadas como “perjudiciales o dañinas” por el art. 6° del Reglamento (entre ellos:

¹⁷ SAG [s.a.], “Tráfico y comercio ilegal de fauna silvestre” [en línea] [fecha de consulta: 30 de mayo 2020] Disponible en: <http://www.sag.gob.cl/ambitos-de-accion/trafico-y-comercio-ilegal-de-fauna-silvestre>

¹⁸ Hay que considerar que una especie cuya caza este prohibida puede pasar a un régimen de caza regulada cuando un estudio poblacional acredite que tal cambio no incidirá negativamente en su conservación (art. 27 Ley de Caza).

ellos: sapo africano, cotorra argentina, gorrión, paloma asilvestrada, conejo, liebre, laucha, rata negra, guarén, castor, visón, osito de Juan Fernández, jabalí, ciervos exóticos y zorro chilla¹⁹ en Tierra del Fuego) son quienes se llevan la peor parte, no solo porque sus nidos, huevos o madrigueras pueden ser destruidos, sino también porque estas especies de animales pueden ser cazadas o capturadas en cualquier época del año, en todo el territorio nacional (incluso, el SAG podrá autorizar la caza en zonas protegidas con el fin de “controlar la acción de animales que causen graves perjuicios al ecosistema”, según el art. 9 de la ley), sin limitación de “ejemplares” y mediante los métodos más crueles para darles muerte.

Un ejemplo de estos métodos crueles consiste en la aplicación de venenos, lo cual está permitido por la ley, que establece lo que sigue: “Estará prohibido usar venenos para matar animales fuera del radio urbano, salvo para combatir ratas y ratones exóticos u otros animales que sean calificados de control autorizado” (art. 27 letra j) Ley de Caza). A su vez, el Reglamento para el control por medio de anticoagulantes de lagomorfos y roedores también permite envenenar conejos y liebres en medios rurales a aquellas empresas que estén inscritas en un registro y que cuenten con autorización previa del SAG. Ahora bien, no solo los animales “dañinos” corren esta suerte. En efecto, pese a que los murciélagos se encuentra en la categoría de animales “protegidos” debido a su importancia ecosistémica y riesgo de extinción, cuando sus colonias se ubican en edificaciones y la autoridad sanitaria considera que significan un riesgo de contagio de virus de la rabia, el “Reglamento de prevención y control de la rabia en el hombre y en los animales” ordena, en sus art. 8° a 10°, la “eliminación o erradicación” de toda la colonia a través de pesticidas u otras sustancias tóxicas, tal como si se tratara de un animal “perjudicial”. En este caso el interés utilitario sanitario pesa más que el interés ambiental.

En general, respecto de todos los métodos que se pueden emplear en la caza, es posible notar la ausente preocupación por el bienestar de los animales que serán víctimas de esta cruda actividad. En ese sentido, no basta con la declaratoria del art. 26 letra g) de la Ley de Caza que señala que los métodos permitidos “deberán evitar el sufrimiento innecesario”, cuando el sufrimiento animal sigue estando muy

19 La reforma al Reglamento del año 2015 invirtió la condición del zorro Chilla, pasando de ser una especie nativa “protegida” a una “dañina”. Al respecto, las autoras Gutiérrez y Trujillo denuncian que “la nueva categorización obedeció meramente a los muestreos de población efectuados exclusivamente por el SAG, los cuales han arrojado graves inconsistencias demográficas a partir del año 2006, ciertamente favorables a la industria peletera [...]” “el informe de Verónica Bahamonde cuestiona el muestreo del SAG que reflejó un aumento de la población en el lapso de un año, 2005-2006, de hasta cuatro veces”. GUTIÉRREZ, Jimena y TRUJILLO, Florencia. Fauna silvestre en Chile y competencias del Servicio Agrícola y Ganadero (SAG): Juicio crítico sobre el diseño institucional actual. En: CHIBLE, María José y GALLEGU, Javier. *Derecho Animal Teoría y Práctica*. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 2018. 466p. p.133-134.

presente en la legislación. Por ejemplo, al momento de la obtención del permiso de caza “ni la ley ni el reglamento contemplan la exigencia de una prueba para evaluar la pericia, es decir, la certeza del disparo para lograr una muerte rápida”²⁰, sino que basta –para obtener el permiso de caza menor– con pagar una pequeña tarifa y aprobar el 70% de las preguntas de un examen teórico. Otro ejemplo lo constituye el art. 23 del Reglamento que permite crueles métodos para dar muerte a los animales, como lo son el rifle de aire comprimido, la ballesta y el arco; o los huaches, hondas y boleadoras, tratándose de animales “dañosos” (art. 25 Ley de Caza).

Finalmente, las sanciones que establece esta ley –cuya fiscalización le corresponde a los funcionarios designados por el SAG²¹, a Carabineros de Chile, a la entidad administradora del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado y a las autoridades marítimas²² y cuya sanción corresponde al SAG, los juzgados de policía local²³ y los juzgados de garantía– dejan mucho que desear, dado que el art. 29 sanciona a quienes cazaren fuera de temporada, a quienes utilicen a los animales para un fin distinto al otorgado, a quienes utilicen armas o métodos prohibidos y a quienes realicen otras infracciones similares, sólo con una multa de 1 a 25 UTM junto con la simple “retención” (no comiso)²⁴ de las armas de fuego por solo 6 meses. Por su parte, el art. 30 pareciera más estricto, al sancionar a quienes cazaren, capturaren o comerciaren especies cuya caza o captura este prohibida con el comiso de las armas, una multa de 3 a 50 UTM y una pena privativa de libertad; sin embargo, esta pena solo consiste en prisión en su grado medio a máximo (es decir, máximo 40 días), llegando a ser de presidio menor en sus grados mínimo a medio solo si existe habitualidad (art. 31 Ley de Caza). Es más, todas estas penas pueden ser conmutadas judicialmente “por la de realizar trabajos determinados en beneficio de la comunidad” gracias al art. 33 de la ley.

²⁰ Ibid. p. 129.

²¹ Así como a los inspectores *ad honorem* designados por el SAG. Estos inspectores son personas naturales que buscan colaborar al SAG en el cumplimiento de la ley, los requisitos están en el art. 42 de la ley. Sin perjuicio de que, de todas maneras, el art. 45 concede “acción pública para denunciar infracciones a la presente ley y su reglamento”.

²² Todas las denuncias efectuadas por estas entidades constituyen presunción de existencia de los hechos denunciados, según el art. 39 de la Ley.

²³ Según el art. 13 c, 6.0.- de su ley orgánica “los Jueces de Policía Local conocerán en primera instancia de las infracciones a la Ley N° 4.601, sobre caza” (art. 13 c, 6.0. Ley N°15.231).

²⁴ Las autoras Gutiérrez y Trujillo critican que, en dictadura, el Decreto Ley N°2.319 de 1978 era más duro que la normativa actual, dado que su art. 12 establecía el comiso de las armas, sin embargo, hoy “la señal que se está dando a los cazadores es que, sin importar el daño causado, el burlar la norma no pone en riesgo el dominio de su arma [...] podrá ser multado, pero conservará su *alter ego*”. Ibid. p. 128.

4. ANIMALES SILVESTRES DE MEDIOS ACUÁTICOS

El art. 1° de la Ley N°18.892 General de Pesca y Acuicultura (“LGPA”) declara que a las disposiciones de dicha ley quedará sometida la preservación de “los recursos hidrobiológicos”. Expresión que engloba a los animales acuáticos.

Por su parte, el D.F.L N°5 de 1983 del Ministerio de Economía (que refunde el D.F.L. N°34 de 1931) es la normativa que fija las funciones y atribuciones de este ministerio sobre el sector pesquero, determinando que a través de él “se fijarán las políticas básicas que servirán para dirigir y coordinar las actividades que corresponde realizar al Estado en relación con el sector pesquero” (art. 12 D.F.L N°5). A su vez, por el D.L. N°1.626 de 1976 se crea la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura (“SUBPESCA”) en dicho Ministerio, con la misión de “regular y administrar la actividad pesquera y de acuicultura, a través de políticas, normas y medidas de administración”²⁵. Además, el mencionado D.F.L N°5 creó el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (“SERNAPESCA”), dependiente del mismo ministerio (art. 24 D.F.L N°5), a quien le encomienda la labor de, en general, “ejecutar la política pesquera nacional y fiscalizar su cumplimiento y, en especial, velar por la debida aplicación de las normas legales y reglamentarias sobre pesca, caza marítima y demás formas de explotación de recursos hidrobiológicos” (art. 25 D.F.L N°5).

5. ANIMALES ACUÁTICOS PROTEGIDOS

Volviendo a la LGPA, este cuerpo normativo utiliza una técnica legislativa similar a la de los animales terrestres, con la finalidad de proteger ciertas especies de animales acuáticos, así como ciertas áreas marítimas. Al mismo tiempo, y al igual que ocurre con la Ley de Caza, la LGPA posibilita la captura y muerte, mediante métodos bastante crueles, de todas las especies acuáticas que no cuenten con protección (y que representan la gran mayoría), siempre que se respete una cuota anual y no exista un periodo de veda.

Los cetáceos son, por excelencia, las principales especies de animales acuáticos protegidos de Chile, debido a que la Ley N°20.293 que protege a los Cetáceos de 2009 (Ley de Cetáceos), declaró a Chile como “zona libre de caza”²⁶ de estos animales, y, además, garantizó su libertad, mediante la prohibición de “dar

²⁵ SUBPESCA, [s.a.], “Acerca de la Subsecretaría” [en línea] [fecha de consulta: 30 de mayo 2020] Disponible en: <http://www.subpesca.cl/portal/616/w3-propertyvalue-538.html>.

²⁶ En el mismo año, el Decreto N°179 de SUBPESCA, reitera la prohibición, en forma permanente, de capturar con resultado de muerte y retener animales vivos de cualquiera de las especies de cetáceos que se listan (entre ellos, ballena azul, ballena jorobada, cachalote pigmeo, delfín común y orcas), haciendo mención a la CITES, la CMS, y a la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de las Ballenas, ratificados por el Estado de Chile.

muerte, cazar, capturar, acosar, tener, poseer, transportar, desembarcar, elaborar o realizar cualquier proceso de transformación, así como la comercialización o almacenamiento de cualquier especie de cetáceo que habite o surque los espacios marítimos de soberanía y jurisdicción nacional” (art. 2 Ley N°20.293). En esa línea, por ejemplo, según el art. 4°, “todas las naves pesqueras deberán contar con un plan de contingencia en caso de colisión, daño o extracción accidental de un cetáceo” (art. 4 Ley N°20.293). A su vez, la ley modificó la LGPA imponiendo, en su art. 135 bis, una pena de presidio mayor en su grado mínimo a quien dé muerte o capture a un cetáceo, y de presidio menor en su grado medio, a quien tenga, posee, transporte o comercialice estas especies.

Sin embargo, la mencionada ley no solo protege a los cetáceos, sino que, además, se preocupa de todos los mamíferos, reptiles y aves hidrobiológicas. Estos animales, según el art. 89 del Reglamento de la Ley de Caza²⁷, corresponden a: Serpientes marinas; tortugas marinas (protegidas desde el año 2010 por una Convención Interamericana²⁸); pingüinos; mamíferos hidrobiológicos de la orden cetácea (que incluye delfines, toninas, orcas, marsopas, ballenas y cachalotes), y mamíferos hidrobiológicos de la orden carnívora, que incluye focas²⁹, lobos marinos, y nutrias marinas (chungungos y huillines del género Lontra).

En efecto, siguiendo con la Ley de Cetáceos, el art. 13 a) LGPA, incorporado por dicha ley, dispone que la SUBPESCA establecerá el procedimiento de rescate de los individuos pertenecientes a mamíferos, reptiles o aves hidrobiológicas cuando se encuentren amenazados³⁰, y, a su vez, el art. 13 B dispone que los individuos que hayan sido rescatados (según dicho procedimiento) o que hayan sido “decomisados por alguna autoridad fiscalizadora”, deberán, de inmediato, “ser devueltos al medio

²⁷ El art. 24° de la Ley de Caza deja a cargo de su Reglamento establecer, previos informes técnicos respectivos, “las especies o grupos de especies de mamíferos, aves, reptiles y anfibios que constituyen especies o recursos hidrobiológicos”.

²⁸ La “Convención Interamericana para la protección y conservación de las tortugas marinas”, promulgada en Chile por Decreto N°114 de 2010, estipula nueve medidas que deben cumplirse en el “área de Convención”, que abarca “el territorio terrestre de cada una de las Partes en el continente americano, así como las áreas marítimas del Océano Atlántico, el Mar Caribe y el Océano Pacífico” (Art. III). Las medidas se encuentran listadas en el art. IV, siendo la primera “la prohibición de la captura, retención o muerte intencionales de las tortugas marinas, así como del comercio doméstico de las mismas, de sus huevos, partes o productos”.

²⁹ A diferencia de las tortugas marinas, el “Convenio sobre Conservación de focas Antárticas”, aprobado en Chile por Decreto N°191 de 1980, establece que solo ciertas especies de focas “no serán sacrificadas o capturadas dentro del área de la Convención”, área cuyo alcance aplica al mar al sur de los 60° de Latitud Sur.

³⁰ A la fecha de finalización de este trabajo, SUBPESCA no había dictado este procedimiento mediante resolución.

natural” o ser enviados a un “centro de rehabilitación de especies hidrobiológicas” cuando su supervivencia natural esté en riesgo³¹. La excepción la constituyen los cetáceos mayores, donde “no procederá la rehabilitación `ex situ””, es decir, fuera de su hábitat natural. Respecto de estos centros, el art. 13 C señala que una resolución de la SUBPESCA establecerá “el procedimiento de reconocimiento oficial de los centros de rehabilitación autorizados”³² y que SERNAPESCA llevará un registro actualizado de los mismos. A su vez, el art. 13 D dispone que “un reglamento establecerá el procedimiento de reinserción”, lo cual constituye una técnica esencial en vista de que, por definición, los centros de rehabilitación están “destinados a mantener temporalmente” a los individuos (art. 13 B)³³.

Otro aspecto regulado por la Ley de Cetáceos de 2008 es la observación de mamíferos, reptiles y aves hidrobiológicas. Actividad consistente en el acercamiento voluntario a estos individuos, y en donde el art. 13 E LGPA “prohíbe la realización de cualquier acto de acoso o de persecución que altere la conducta de algún ejemplar, o que implique forzar el contacto físico ocasionando maltrato, estrés o daño físico al mismo”. En consecuencia, según el art. 135 ter LGPA, quien incumpla estas y otras obligaciones señaladas en el Reglamento respectivo será sancionado conforme al art. 116 LGPA. Posteriormente, en el año 2011, atendiendo el mandato legal, la SUBPESCA dictó el “Reglamento General de observación de mamíferos, reptiles y aves hidrobiológicas”, que fija, por un lado, los procedimientos y requisitos generales de la actividad (por ejemplo, regla la distancia mínima para cada especie de las naves que hacen observación lacustre) y, por otro, la creación de un “Registro de Avistamiento de Cetáceos”, cuya actualización y administración corresponde a la Dirección General de Territorio Marítimo y Marina Mercante (“DIRECTEMAR”).

Por su parte, fuera del ámbito administrativo y de la actividad de “observación”, es importante recordar que cuando la interacción con estos animales implica sufrimiento

³¹ Misma obligación general pesa sobre las naves pesqueras, las que deberán devolver estos animales al mar de inmediato o retenerlos a bordo para efectos de enviarlos a un centro de rehabilitación si éstos se encuentran severamente dañados o heridos (Art. 7° C LGPA).

³² A la fecha de finalización de este trabajo, SUBPESCA no había dictado este procedimiento mediante resolución

³³ Un informe realizado con fondos gubernamentales evidenció lo siguiente: “no existen centros para especies hidrobiológicas en las regiones XV, III, VI, VII, IX y XI [...] el 64% de los centros reportó que cuentan con médico veterinario fijo y contratado [...] los centros no realizan monitoreo post-liberación de los animales [...] Tres centros informaron tener la capacidad de mantener cetáceos menores, sin embargo, en nuestras visitas no se observaron instalaciones que puedan cumplir con dicho propósito [...] en parte esto puede ser explicado por razones de falta de financiamiento y de personal”. SOTO-AZAT, Carlos et. al. *Definición de estándares para la certificación de centros de rescate y rehabilitación de mamíferos, reptiles y aves hidrobiológicas en Chile*. Informe final Proyecto Fondo de Investigación Pesquera y Acuicultura (FIPA) N°2014-30. 2017. p. 25-35.

o maltrato, aplica el delito de maltrato animal, como suele ocurrir con el trato que ejercen pescadores a lobos marinos.

En contraste, respecto de la enorme cantidad de animales invertebrados acuáticos (como los cefalópodos y los crustáceos) y de peces que existen, la gran mayoría de estos individuos no goza de protección. La excepción a la regla la constituyen ciertas especies de peces amenazadas como lo son el Bagre, la Carmelita, la Corvinilla, el Karachi, el Pejerrey, la Pocha, la Peladilla y el Tollo³⁴. A su vez, los peces cartilaginosos (tiburones, rayas y quimeras) también cuentan con un tratamiento normativo especial desde el año 2006, gracias a un instrumento de planificación y gestión denominado “Plan de Acción Nacional para la Conservación de Tiburones” que estableció distintas líneas de acción con el objetivo de conservar a estas especies, muchas endémicas, que “juegan un papel importante como depredadores tope en los ecosistemas acuáticos”³⁵. Asimismo, desde el año 2010 los tiburones cuentan con un instrumento global de aplicación voluntaria que se negoció en el marco de la CMS, denominado “Memorándum de Entendimiento para la conservación de los tiburones migratorios”, el cual protege ciertas especies de tiburones, como el mako, peregrino, ballena, blanco, porbeagle, trilladora, Devil Ray, martillo listo y oceánico de punta blanca³⁶. Y al mismo tiempo, desde el año 2011, la Ley N°20.525, que Modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura en materia de Aprovechamiento y Beneficio de Tiburones, prohibió en Chile la cruel práctica del aleteo, que consistía en cortarles las aletas del dorso y liberarlos mutilados al mar (art. 5 bis LGPA). No obstante, pese a todo este tratamiento normativo especial, hasta el día de hoy, estos animales siguen siendo constantemente capturados, ya sea como especies objetivo (caso del marrajo y el azulejo que no están protegidos), o como “fauna acompañante” por la captura incidental.

En cuanto a las áreas marinas protegidas, el art. 3° d) de la LGPA permite al Ministerio de Economía la “declaración de áreas específicas y delimitadas, que se denominarán Parques Marinos, destinados a preservar unidades ecológicas”, con la finalidad de mantener la biodiversidad y hábitats marinos. En estas áreas, “no podrá efectuarse ningún tipo de actividad, salvo aquellas que se autoricen con propósitos de observación, investigación o estudio”. También existen las “Reservas Marinas”, que son definidas por el art. 2° N°36 LGPA como un “área de resguardo de los recursos hidrobiológicos

³⁴ Todas estas especies cuentan con veda por 15 años (los mamíferos -no cetáceos-, aves y reptiles cuentan con veda de 30 años) y forman parte de las Fichas de Especies Protegidas, de la Unidad de Rescate, Rehabilitación y Conservación de Especies (URCEP) de SERNAPESCA.

³⁵ Subsecretaría de Pesca. Plan de Acción Nacional para la Conservación de Tiburones [en línea] [fecha de consulta: 30 de mayo 2020] Disponible en: <http://www.fao.org/3/a-bt665s.pdf>

³⁶ El art. 3° b) LGPA faculta al Ministerio de Economía para establecer la medida de “prohibición de captura temporal o permanente de especies protegidas por convenios internacionales de los cuales Chile es parte”.

con el objeto de proteger zonas de reproducción, caladeros de pesca y áreas de repoblamiento por manejo”; ahora bien, a diferencia de los primeros, en estas áreas sí pueden efectuarse actividades pesqueras extractivas por periodos transitorios, previa resolución de SUBPESCA. Claro, tanto los “Parques” como las “Reservas”, de acuerdo con el Reglamento sobre Parques y Reservas Marinas, están bajo la tuición del SERNAPESCA y deben contar con un Plan General de Administración.

Por su parte, la categoría de protección denominada “Santuario de la Naturaleza” abarca tanto a sitios terrestres como marinos que “ofrezcan posibilidades especiales para estudios e investigaciones” (art. 31 Ley de Monumentos Nacionales), no obstante, el “Servicio Nacional del Patrimonio Cultural” puede autorizar el desarrollo de actividades que puedan alterar el estado natural de estos sitios, y una de ellas es la pesca. También, otras figuras de protección son, por un lado, las “Áreas Marinas Costeras Protegidas de Múltiple Uso (AMCP – MU)”, las que permiten realizar pesca, pero con criterios de sustentabilidad, y, por otro, los “Espacios Costeros Marinos Pueblos Originarios (ECMPO)”, que entregan la administración de áreas marinas a comunidades indígenas para que preserven su uso ancestral.

Al fin y al cabo, de todas las áreas marinas recién mencionadas, solo los parques marinos prohíben completamente la pesca de animales acuáticos. De igual forma, el art. 5° i. 3° LGPA prohíbe la actividad pesquera en montes submarinos³⁷, a menos que SUBPESCA lo autorice basado en un estudio científico, que sometido al procedimiento de información pública demuestre la no alteración de ecosistemas.

6. ANIMALES ACUÁTICOS DESPROTEGIDOS

Como ya lo veníamos señalando, la gran mayoría de los peces e invertebrados acuáticos de Chile no están protegidos, y son capturados con apego a normas que sólo velan por la sustentabilidad ambiental de las poblaciones (en atención a su condición de sobreexplotación), pero que no tienen consideración alguna por su bienestar animal, lo cual constituye una grave omisión al principio de evitar el sufrimiento innecesario consagrado en la Ley N°20.380.

En efecto, con miras a alcanzar una “pesca sustentable”, las autoridades establecen vedas y cuotas de pesca. La veda se define por el art. 2 N°47 LGPA como un acto administrativo de prohibición de captura o extracción de una especie hidrobiológica en un área determinada por un espacio de tiempo. Si la veda se realiza con el fin de resguardar los procesos de reproducción y reclutamiento de la especie, es una veda biológica; si se realiza con motivos de conservación, es una veda extractiva;

³⁷ Elevaciones del piso oceánico que no emergen a la superficie y cuya altura sobrepasa los 1.000 metros, medidos desde el fondo marino circundante que constituye su base (art. 2, N°70 LGPA).

y si es por fenómenos oceanográficos, es una veda extraordinaria. En atención a esto, por ejemplo, la captura y muerte de los inteligentes pulpos es totalmente permitida, siempre que no se realice en las zonas y temporadas que comprenden su veda biológica reproductiva estacionaria. Por su parte, la cuota de pesca establece la captura máxima permitida de una especie en un área y período definidos y puede ser expresada en unidades de peso (toneladas o kilogramos) o en número de ejemplares.

Quizás la práctica más cruel, dado que no obedece a principios de subsistencia, y que ya presenta serios cuestionamientos a nivel internacional, es la pesca deportiva o recreativa. Pese a ello, la Ley N°20.256, Sobre pesca recreativa, optó por regular esta actividad, en vez de abolirla, determinando que se debe desarrollar en aquellas "áreas preferenciales" que han sido autorizadas para esos efectos por el gobierno regional (art. 12) y que cuentan con un plan de manejo (art. 17). A su vez, en el ejercicio de esta actividad "deberán respetarse las prohibiciones y medidas de administración aplicables a la pesca extractiva", en conformidad con la LGPA (art. 8).

V

REGULACIÓN DE LOS ANIMALES SILVESTRES EN CAUTIVERIO O ENCIERRO

El artículo 2° letra a) de la Ley de Caza, en directa relación con el ya mencionado art. 608 del Código Civil, define animal silvestre como "todo ejemplar de cualquier especie animal, que viva en estado natural, libre e independiente del hombre, en un medio terrestre o acuático, sin importar cuál sea su fase de desarrollo". En consecuencia, la propia Ley de Caza reconoce que vivir en un estado natural, libre e independiente del hombre se trata de una premisa esencial de los animales silvestres, sin embargo, es la misma ley la que permite quebrantar este principio, autorizando que los animales silvestres sean reproducidos, criados o mantenidos en cautiverio, para distintos fines, al interior de zoológicos, acuarios, criaderos, centros de reproducción, cotos de caza (o la modalidad de "caza enlatada") y otros lugares destinados al espectáculo o exhibición de animales.

Para todos los animales silvestres que viven en cautiverio aplica el art. 3° de la Ley N°20.380, el cual establece la obligación general para "toda persona que, a cualquier título, tenga un animal" de "cuidarlo y proporcionarle alimento y albergue adecuados, de acuerdo, al menos, a las necesidades mínimas de cada especie y categoría y a los antecedentes aportados por la ciencia y la experiencia". Además, su inc. 2° establece una prohibición específica para esta clase de animales, y es que "la libertad de movimiento de los animales silvestres no debe ser restringida de manera innecesaria, especialmente si ello les ocasionare sufrimiento y alteración de su normal desarrollo". Pues bien, esta prohibición, carente de sanción en caso de incumplimiento, no hace otra cosa que ilustrar el enorme daño que provoca sacar a estas criaturas de su ambiente natural.

En Chile no existe una ley específica para los parques zoológicos y acuarios³⁸, como tampoco una definición legal, encontrándose los parques zoológicos regulados juntamente con los circos en la Ley N°20.380 y con diversos centros de mantención de fauna silvestre en la Ley de Caza, bajo la categoría de “centro de exhibición”. Ambas regulaciones serán analizadas en los siguientes párrafos.

1. CIRCOS Y ZOOLOGICOS EN LA LEY N°20.380

Con respecto a la Ley N°20.380, el art. 5° de dicho cuerpo legal dispone que “los circos, parques zoológicos y otros lugares destinados al espectáculo o exhibición de los animales deberán contar con las instalaciones adecuadas a las respectivas especies y categorías de animales para evitar el maltrato y el deterioro de su salud”. Posteriormente, el art. 13 del mismo cuerpo legal establece que las infracciones al mencionado art. 5° “serán sancionadas con multa de 1 a 50 UTM”, que puede elevarse al doble en caso de reincidencia, sin perjuicio de que, además, “podrá imponerse la clausura temporal, hasta por tres meses, o la clausura definitiva del establecimiento”. A continuación, indica el mismo artículo los organismos a cargo de fiscalizar el cumplimiento de la normativa señalada, con aplicación del procedimiento de sanción y reclamo del párrafo IV título I de la Ley 18.755, que establece normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero, siendo éstos, nuevamente, el SAG cuando se trata de especies terrestres, por un lado y, por otro, el SERNAPESCA cuando se trata de especies hidrobiológicas (como ocurre con los lobos marinos y pingüinos que se mantienen en zoológicos).

En materia reglamentaria, el D.S. N°29 de 2013 del Ministerio de Agricultura, que proviene de la Ley N°20.380, se refiere marginalmente en su art. 19 (título V) a las condiciones mínimas de funcionamiento que deben cumplir los centros destinados al espectáculo o exhibición de animales (como parques zoológicos y circos). Entre estas condiciones se encuentran: la de no presentar “bordes ni salientes que puedan causar heridas a los animales” (19, a); la de mantener las instalaciones limpias (19, b), con acceso a alimento y agua en cantidad y calidad suficiente para satisfacer sus necesidades fisiológicas (19, c), con condiciones ambientales (humedad, temperatura, ventilación) adecuadas a los requerimientos de cada especie, con equipamiento y superficie necesarios para la satisfacción de sus necesidades fisiológicas (alimentación, desplazamiento, refugio) y conductuales (19, j), y con cierres adecuados que impidan el escape accidental de animales y el ingreso de predadores (19, k); la de distribuir a los animales en el recinto de una manera acorde a las características de cada especie, evitando el estrés por interacción (19, f); la de contar con planes de contingencia para enfrentar emergencias

³⁸ Los senadores Bianchi, Chahuán y Girardi ingresaron la moción contenida en el Boletín N°10.770-01 para establecer una regulación especial sobre parques zoológicos y acuarios, sin embargo, la sola idea de tratar en una ley distinta de la de Caza aspectos que hoy son parte de la potestad reglamentaria, presentó una férrea resistencia del Servicio Agrícola y Ganadero, según consta en el Informe de la Comisión de Agricultura de enero de 2016.

(19, m); la de disponer de atención profesional oportuna ante sospecha de enfermedad (19, h); la prohibición de usar elementos de estímulo punzante, o cualquier otro, que ocasione daño y dolor a los animales (19, e); entre otras.

Respecto de los animales silvestres utilizados en circos, se ha optado por regular la actividad en vez de prohibirla. Pues bien, durante el año 2007, se publicó la Ley N°20.216, que establece normas del circo chileno, y cuyo controvertido art. 2° incluyó la actuación de animales amaestrados como parte del “espectáculo circense”. Posteriormente, en el 2009, la Ley N°20.380 reafirmó esta decisión estableciendo normas comunes para los establecimientos de circos y zoológicos.

En mayo del 2016, nueve años después de publicada la Ley N°20.216, se firmó el Decreto N°1.424 del Ministerio del Interior que aprobó el “Reglamento para la acreditación del funcionamiento de los circos”, y cuyo título IV se refiere a los animales de circo en su art. 8 y 9. El primer artículo reitera lo dispuesto en el art. 5° de la Ley N°20.380 y, además, impone la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 3° de la Ley N°20.380. El segundo, exige mantener en un lugar destacado en el acceso, los certificados correspondientes entregados por el SAG.

Sin embargo, por esos años, salió a la luz pública el crudo caso de maltrato animal de la elefanta Ramba en el circo Los Tachuelas, por lo que el nuevo reglamento despertó un gran rechazo ciudadano. Así pues, haciendo eco a ese malestar, la cámara de diputados, mediante Boletín N°8938-24 del año 2013 que Crea el ministerio de las culturas, las artes y el patrimonio, aprobó y despacho al Senado un artículo que modificaba la Ley N°20.216, eliminando la expresión “animales amaestrados” de la definición de espectáculo circense. Pese a ello, el mencionado articulado fue suprimido en la cámara alta por la mayoría de los senadores bajo el argumento de no guardar relación con las ideas matrices del proyecto. A raíz de ello la ley que creo el referido ministerio fue publicada en noviembre del año 2017 sin la reforma, y, en síntesis, el uso de animales en circos sigue contando con respaldo legal en Chile, pese a su rechazo ciudadano.

Quizás vale la pena mencionar que, fuera del ámbito de la fauna silvestre, existen otro tipo de recintos donde se desarrollan actividades de espectáculo o exhibición, los que son regulados por la Ley N°21.020, Ley de Tenencia Responsable de Mascotas (“LTRM”). Así, el art. 27 del referido cuerpo legal dispone que el organizador deberá, entre otras cosas, “disponer de las instalaciones necesarias para un adecuado manejo de los animales, cumpliendo con las condiciones de bienestar animal necesarias, evitando, entre otras, las condiciones que puedan generar maltrato o sufrimiento para los animales o el deterioro de la salud animal”. El incumplimiento de lo anterior, según su inciso final, “será sancionado de acuerdo a lo establecido en el art. 13 de la Ley N°20.380”.

2. ANIMALES EN CAUTIVERIO EN LA LEY DE CAZA

En cuanto a la Ley de Caza, la regulación de los animales silvestres en cautiverio se ubica en el Título IV de la ley, denominado "De los Cotos de Caza, de los Centros de Reproducción, de Rehabilitación y de Exhibición, de los Criaderos y de la tenencia de animales que indica", todos los cuales deben cumplir normas comunes pese a perseguir fines diametralmente distintos. En efecto, el art. 19 de la ley establece para todos ellos el deber de inscribirse en un registro que administra el SAG (Registro nacional de tenedores de fauna silvestre) y de comunicar a dicho servicio los cambios de ubicación que experimenten. Asimismo, el art. 20 establece la obligación de enviar una "declaración semestral del movimiento de animales" al SAG³⁹ y el art. 18 establece el deber de "cumplir con requisitos mínimos de superficie, seguridad, equipamiento y operación, destinados a proteger las personas, el ecosistema y el normal desenvolvimiento de las distintas actividades económicas, y a brindar a cada especie animal un hábitat acorde con sus necesidades fisiológicas, en resguardo de su salud y bienestar". Los requisitos específicos de los distintos establecimientos los señala el reglamento, en específico el art. 60, el cual reitera las condiciones mínimas de funcionamiento establecidas en el art. D.S. N°29 de la Ley N°20.380⁴⁰ para circos y parques zoológicos, con muy pequeñas modificaciones. Una de ellas consiste en agregar el deber de contar con la autorización previa del SAG para el caso de liberaciones al medio natural.

Como se señalaba, este título regula conjuntamente establecimientos con objetivos diametralmente opuestos, generando una suerte de similitud entre aquellos que persiguen fines de conservación y cuidado de la fauna silvestre, y aquellos que persiguen fines de lucro y comercio a costa de los animales silvestres. Respecto a los que persiguen fines de conservación, la ley define en el art. 13 a) los Centros de Reproducción como "aquellos planteles destinados a la crianza, sin fines de lucro, de especies protegidas, para su preservación, conservación y repoblamiento", y, de igual forma, el art. 14 define los Centros de Rehabilitación o de Rescate, como aquellos planteles "destinados a la mantención y recuperación de especímenes de la fauna silvestre afectados por actividades antrópicas", cumpliendo esta última, quizás, una de las funciones más importantes en lo que a protección y bienestar

³⁹ "Si no pueden acreditar la legítima procedencia de los animales, eventualmente, podría configurarse el delito de contrabando de especies protegidas, de acuerdo a la Ley de Caza, a la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) y el Convenio de Especies Migratorias (CMS)". Senado de la república de Chile. 2016, p. 14.

⁴⁰ "Los Centros de Exhibición y Criaderos de producción industrial (ej.: fauna silvestre con fines peleteros o ciervos exóticos para consumo), tendrán que adecuar sus instalaciones según lo indicado en el Decreto 29° de 24/05/2013, de la Ley N°20.380, en el plazo de un año partir de la entrada en vigencia de dicho Reglamento". Servicio Agrícola y Ganadero. [s.a.]. p. 06.

de animales silvestres refiere. Muy por el contrario, entre los que persiguen fines de lucro y comercio, se ubican los cotos de caza, que el art. 10 define como “predios especialmente destinados a practicar la caza mayor y menor de animales”, y los criaderos, que el art. 16 define como “planteles de reproducción con fines comerciales”. Ambos están autorizados para vender los animales y los productos provenientes de sus planteles (art. 12 y 17 Ley de Caza), pero deben responder por los daños que causen a terceros (art. 21 Ley de Caza). Además, en el caso de los cotos, se exige la obtención de una resolución de calificación ambiental para evitar consecuencias adversas en el ecosistema (art. 10 Ley N°19.300). Todo lo cual deja en evidencia los perjuicios de estas actividades.

Por otra parte, están los centros de exhibición, definidos, en el art. 15 de la Ley de Caza, como “planteles que mantengan ejemplares de la fauna silvestre en cautiverio con fines de educación y divulgación”. De esta forma, la Ley de Caza genera una categoría general denominada “Centro de Exhibición”, sin precisar entre los distintos establecimientos que la componen (verbigracia, granjas educativas, zoológicos, etc.). Incluso, según el SAG, “dentro de esta categoría se incluyen a los lugares en que se exhibe animales bajo taxidermia, y que ya perdieron su capacidad de semovientes”⁴¹.

Lo analizado hasta aquí refleja la falta de prolijidad en la regulación de estos establecimientos, muchos de los cuales perpetran maltrato animal evidente, sin ser sancionados. Ejemplo de ello es el hecho de que cuando las autoras GUTIÉRREZ y TRUJILLO solicitaron al SAG la “lista del total de infracciones relativas a las exigencias del art. 19 del Decreto Supremo N°29 (...) durante los años 2015 y 2016” recibieron como respuesta que durante todo el año 2015 no se cursaron actas de denuncia y citación por dicho incumplimiento y que en el 2016 solo se cursaron tres infracciones, todas en la Región de Coquimbo⁴². Situación que, a la luz del deplorable estado en que se mantienen a muchos animales en centros de exhibición del país, provoca serios cuestionamientos respecto del ejercicio de la función fiscalizadora del SAG.

⁴¹ Senado de la República de Chile. Informe de la Comisión de Agricultura, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que regula el funcionamiento de los parques zoológicos 2016. p. 17. [en línea] [fecha de consulta: 30 de mayo 2020]. Disponible en: <https://rb.gy/dlvwcf>.

⁴² Op. cit. Gutierrez y Trujillo. 2018. p. 134.

3. REGULACIÓN DE LOS ANIMALES ACUÁTICOS EN ENCIERRO

En cuanto a los centros de exhibición de animales acuáticos la situación es aún peor, ya que éstos ni siquiera cuentan con un cuerpo legal que los regule. Por tanto, si bien en Chile los delfinarios y cualquier forma de exhibición y cautiverio de cetáceos se encuentra prohibida⁴³, existe una enorme variedad de especies acuáticas que son mantenidas en acuarios a lo largo del país, sin que exista una categoría jurídica diferenciada para estos centros ni una normativa especial que los regule, provocando serias dificultades de fiscalización⁴⁴.

Respecto de los mamíferos, aves y reptiles hidrobiológicos que se encuentran en cautiverio, tanto en zoológicos como acuarios, la entidad a cargo de su fiscalización es SERNAPESCA⁴⁵. Aquí vale la pena mencionar que pese a la condición de protección de estos animales, desafortunadamente, cuando son rescatados o decomisados por esta entidad y no pueden ser devueltos de inmediato a su medio natural ni existe un centro de rehabilitación cercano, o se trata de una especie aléctona⁴⁶, el art. 13 B LGPA autoriza su envío a “un establecimiento autorizado en que se mantengan especies en cautiverio, como zoológicos, centros de exhibición pública u otros”.

En general, la mantención de acuarios de tipo públicos (en centros de exhibición) y/o privados (en hogares, restaurantes, edificios y empresas), denominada “acuariofilia”, no es posible encontrarla entre las actividades reguladas por SUBPESCA y SERNAPESCA, sin embargo, las especies utilizadas para estos propósitos sí cuentan con reglamentación. Tristemente, denominan especies “ornamentales” a aquellas que, según el art. 2 N°56 LGPA, corresponden a “organismos hidrobiológicos pertenecientes a diversos grupos taxonómicos que, dadas sus particulares características morfológicas y fisiológicas, son destinados a fines culturales, decorativos o de recreación”. Agrega el inciso 2° que “la captura de dichos organismos deberá ser autorizada por la SUBPESCA, previo informe técnico fundado”.

⁴³ En el año 2005, mediante reforma al Decreto Exento. 225 del Ministerio de Economía que Establece veda para los recursos hidrobiológicos, “se prohíbe la captura, internación al país y encierro permanente o temporal respecto de toda clase de cetáceos, para exhibición pública u otros fines asociados a su utilización por parte del hombre”. Posteriormente, en el año 2008 la ley que “protege a los cetáceos” mantiene la prohibición, pero exime de responsabilidad legal a quien mantenga en cautiverio especies de cetáceos con fines de investigación y rehabilitación, siempre que cuente con un permiso temporal y específico otorgado por SENAPESCA.

⁴⁴ En cuanto a la normativa internacional, al momento de escribir este trabajo, el único acuario de Chile acreditado por la Asociación Latinoamericana de Parques Zoológicos y Acuarios es “Buin Marino” del Buinzoo. La acreditación ALPZA, según su página web, considera un conjunto de estándares que definen políticas y prácticas en 5 áreas temáticas (Seguridad, Bienestar Animal, Educación, Conservación y Sustentabilidad).

⁴⁵ Senado de la República de Chile. Op. cit. (2016), p. 19.

⁴⁶ La ley dice “aléctona”, pero es probable que se refiera a “alóctona”, que significa exótica o no nativa.

Cuando estas especies son reproducidas y mantenidas en cautiverio en Chile, se debe obtener una concesión de acuicultura, pudiendo “desarrollar su actividad en circuitos controlados” (art. 67 quáter LGPA), con la intención de proteger especies endémicas. Finalmente, pensando en criterios estrictamente sanitarios, la importación de ciertas especies puede provenir solo de aquellos países respecto de los cuales SERNAPESCA haya realizado una evaluación sanitaria, con el objeto de prevenir la internación de “enfermedades de alto riesgo”⁴⁷, sobre todo mediante el comercio ilegal. Con todo, la legislación no se ocupa en lo más mínimo de los temas relacionados al bienestar de estos animales, como lo es el transporte desde la captura o criadero (proceso en que se producen masivas muertes), las condiciones mínimas de mantenimiento, entre otras materias.

En ese sentido, señalar que, a raíz de diversos factores económicos y políticos, la acuicultura, o cría de animales acuáticos, ha experimentado un sostenido crecimiento exportador a partir de la década de los 80 en Chile. Según esta industria, para satisfacer la exponencial demanda alimentaria humana es más eficiente producir peces y mariscos comprimidos en jaulas sumergidas en el agua (o en piscinas o en tanques) que capturar animales marinos silvestres. En términos estadísticos, lo anterior se justificaría porque “se estima que la demanda de alimentos provenientes de mares, lagos y ríos crecerá en 47,5 millones de toneladas, y que el 90% de las pesquerías a nivel mundial se encuentran agotadas o sobreexplotadas”⁴⁸.

Ahora bien, la regulación del bienestar animal en esta industria creciente en Chile es muy deficiente, y no pone atención en los factores que derivan del hacinamiento, como lo es el estrés; la frustración; la agresividad; las heridas; la proliferación de microorganismos; y las múltiples enfermedades asociadas. A raíz de lo anterior, la propia industria acepta que “se ‘pierde’ una proporción sustancial de peces ‘cultivados’ antes de ser ‘cosechados’”⁴⁹, cuestión que toma algo de relevancia por las repercusiones financieras implicadas.

Fue recién en el año 2010 cuando se incorporó a la Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA), mediante Ley N°20.434, una disposición sobre bienestar animal. Se trata del art. 13 F, que señala: “La acuicultura deberá contemplar normas que resguarden el bienestar animal y procedimientos que eviten el sufrimiento innecesario”. Sin

⁴⁷ Servicio Nacional de Pesca y Agricultura, Departamento de Salud Animal. Guía para la importación de especies acuáticas ornamentales. 2015. p. 07.

⁴⁸ VENTISQUEROS (2016). Antibióticos, nuestra posición y qué estamos haciendo [en línea] [fecha de consulta: 01 de noviembre 2020]. Disponible en: <http://www.ventisqueros.cl/uploads/reportes/politica-sobre-uso-de-antibioticos-en-ventisqueros-5fdbaa1bd42c308322756f60f43785f.pdf>

⁴⁹ BIOMAR, [s.a.]. Salud de peces [en línea] [fecha de consulta: 01 de noviembre 2020] Disponible en: <https://www.biomar.com/es-cl/chile/salud-de-peces/datos-sobre-salud-de-peces/>

embargo, se trata de una imposición que recae en legislador y/o en SUBPESCA pero no “impone directamente deber alguno al concesionario acuícola de observar medidas y procedimientos tendientes al bienestar animal, apoyadas en un sistema fiscalizador y sancionatorio que incentive al cumplimiento”⁵⁰. A su vez, en concordancia con el art. 13 F LGPA, se han introducido ciertas modificaciones al “Reglamento de medidas de protección, control y erradicación de enfermedades de alto riesgo para las especies hidrobiológicas”, pero éstas solo han buscado evitar el sufrimiento innecesario. Así, el art. 32 B del Reglamento contiene una norma que establece que “el sacrificio de peces deberá asegurar la correcta sedación o insensibilización previa al corte de branquias, evitando en todo momento el sufrimiento innecesario”.

Como es de esperar, pese a que Chile es parte de la OIE, la implementación de las normas internacionales contenidas en el título 7 de “Bienestar de los peces de cultivo” del Código Sanitario de Animales Acuáticos aún sigue pendiente. En particular, el mencionado Código establece recomendaciones de manipulación durante el cultivo; el transporte; el sacrificio; y las matanzas masivas con fines de control sanitario (cuando se ha tomado dicha decisión).

VI CONCLUSIONES

Como sabemos, el sistema jurídico antropocéntrico imperante -centrado en el hombre como único ser con valor moral- ubicó a los animales, incluidos los silvestres, en el estatus jurídico de las cosas, sentenciándolos así a ser objetos del derecho humano a la propiedad. Esta tradición jurídica fue reconocida por nuestra regulación interna chilena, a través de distintas formas de adquirir ese dominio -como la ocupación y la compraventa-, importando muy poco si debido a ese afán “dominante” estos seres terminarían perdiendo su característica libertad o, incluso, su vida.

La cosificación animal se sienta entonces como un pilar fundamental que sostiene el sistema jurídico normativo y entrega ciertas bases que permiten el desarrollo de actividades lucrativas. A raíz de lo anterior, a lo largo de la revisión normativa realizada en este trabajo, pudimos evidenciar, desde una vista panorámica, cómo la visión antropocéntrica y productivista se encuentra muy presente en todos los ámbitos de la regulación de los animales silvestres que habitan nuestro país, impidiendo su efectiva y urgente protección.

Recordemos que el primer tratamiento favorable a los animales silvestres se debió al derecho internacional y ambiental, desde un valor utilitario antropocéntrico. En

⁵⁰ Op. cit. PAREDES, C. y MARTÍNEZ, I. (2018), p. 19.

ese sentido, los animales silvestres pasaron a ser valiosos y merecer protección en la medida que cumplían valores utilitarios humanos, como el afán de conservar su belleza y contemplación para las generaciones humanas presentes y futuras. De esta forma, se han promovido valores utilitarios antropocéntricos desde la perspectiva de los valores ecosistémicos, siendo una especial característica del ecocentrismo antropocéntrico la condición de valorar a los otros seres como especies colectivas mientras tanto al humano se le valora como individuo, con sus derechos individuales. Bajo esta perspectiva, está éticamente justificado dar muerte a ciertos animales mientras no se altere su población total o, derechamente, erradicar cualquier plaga que no sea la humana. La razón es que, en definitiva, al no estar reconocidos los valores intrínsecos, los animales que no cumplen con los valores utilitarios se declaran indeseados, perdiendo así importancia tanto su capacidad sintiente como su interés de seguir viviendo.

No siendo suficiente con los valores utilitarios señalados, el valor que sigue teniendo más preponderancia en Chile no es el ecosistémico, sino el productivo. Muestra de ello es que los animales silvestres sigan siendo regulados según los mismos cuerpos legales que se ocupan de la actividad que los explota y asesina, como ocurre con la Ley de Caza y la Ley de Pesca. Asimismo, ilustra la visión productiva el hecho de que se encomiende legalmente el deber de velar por estos animales al Servicio Agrícola y Ganadero, tratándose de silvestres terrestres, y al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, tratándose de silvestres acuáticos. Por supuesto, y como su nombre lo indica, la ley orgánica del SAG establece como objetivo principal el de contribuir al desarrollo agropecuario del país mediante distintas técnicas. Al mismo tiempo que a SERNAPESCA, según su ley orgánica, le corresponde competencias relativas a las actividades de acuicultura; pesca industrial; pesca artesanal, pesca recreativa; proceso, comercialización, exportación e importación, además del rescate y conservación. Por lo tanto, en ambos servicios el principal cometido estatal, y que justificó su creación como servicio público, consiste en el fomento económico y productivo a costa de la explotación animal, no así su protección.

La situación de desprotección se puede visualizar también en términos estructurales si consideramos que en Chile existen, a lo menos, 7 ministerios que se relacionan con animales, de los cuales, ninguno posee la función propia de protegerlos. Cuatro de ellos ya fueron mencionados durante este trabajo, y son el Ministerio de Medio Ambiente (al que le corresponden los temas vinculados a conservación de la biodiversidad⁵¹ y la supervigilancia del Servicio de Evaluación Ambiental y de la Superintendencia del

51 Del cual dependerá el futuro Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, que liderará planes de recuperación de especies amenazadas y de restauración ecológica de ecosistemas degradados, pero también controlará y erradicará especies exóticas invasoras. Constituyendo así un paradigma profundamente antropocéntrico que ya analizamos en capítulo dos.

Medio Ambiente); el Ministerio de Agricultura (mantiene supervigilancia del SAG y la CONAF); el Ministerio de Economía (del cual dependen SUBPESCA y SERNAPESCA) y el Ministerio de Salud (que imparte normas para controlar la rabia y otras enfermedades). No obstante, existen al menos tres ministerios más relacionados, como: El Ministerio del interior y Seguridad Pública (a cargo de los registros, reglamentos y promoción de la tenencia responsable de mascotas); el Ministerio de Bienes Nacionales (dueño de las reservas naturales y los animales ahí incluidos); y Ministerio de Educación (a cargo de la prohibición de experimentar con animales vivos en la enseñanza básica y media).

De esta forma, se comienza a delinear la urgente necesidad de crear una nueva institucionalidad animal. Comenzando por un cambio a nivel constitucional, ya que, desde luego, para que la protección de los animales forme parte de los cometidos de Estado, y con carácter de prioritario, ésta debe encontrar su acomodo legal en la nueva Constitución del país. Superada esa etapa, y considerando que la labor de ejecutar o materializar los cometidos del Estado fijados en la Constitución reside en la administración del estado, se debe desarrollar una nueva institucionalidad, donde no puede ocurrir que este cometido de protección estatal vuelva a quedar en manos de ministerios y servicios públicos cuyo propósito radica en la productividad. Es más, incluso podría pensarse en aumentar el ámbito de competencia de un ministerio existente con un nombre que los incluya, por ejemplo, renombrando el Ministerio de Medioambiente por “Ministerio de la Naturaleza y los Animales”⁵².

Más allá del Ministerio a cargo, si pensamos la protección de (todos) los animales como una necesidad pública que se encuentra insatisfecha, parece evidente la necesidad de un servicio público especializado que ejerza esa labor, y cuya competencia exclusiva sea la de velar por la protección de todos los animales, sin fragmentarlos por sector productivo. Este servicio podría denominarse “Servicio de Protección Animal” y poseer expresas atribuciones para observar, fiscalizar y sancionar el cumplimiento normativo, así como de robustecer las diversas normativas de protección y bienestar animal de nuestro país, en los distintos ámbitos.

La creación de este servicio no puede descuidar el principio de coordinación con los demás organismos públicos, ni con otras entidades provenientes de la sociedad civil o de instituciones académicas; sobre todo si pensamos en labores tan importantes como el rescate, la conservación, la rehabilitación y la reintroducción de animales silvestres⁵³. En esa misma línea, es importante señalar que la caza, la captura y el comercio de animales no representan la principal actividad antrópica que afecta

⁵² ZÁRATE, Camila. Un nuevo estatus jurídico para los animales no humanos [en línea] [fecha de consulta: 02 de noviembre 2020] Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/176822>

⁵³ Ibid.

a los animales silvestres en Chile, sino las actividades que destruyen sus hábitats naturales. En efecto, el perfil de Chile en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CBD)⁵⁴ es tajante en señalar que “las principales amenazas para la biodiversidad son los cambios en el uso de la tierra debido a las actividades relacionadas con los sectores forestal y agrícola. Otras amenazas están asociadas con la urbanización, las especies exóticas invasoras, los incendios forestales, el cambio climático y el agua extraída para actividades mineras y agrícolas en la zona norte del país”⁵⁵. A raíz de lo anterior, resulta de especial relevancia que el Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental, la Superintendencia de Medio Ambiente, los Tribunales Ambientales y las Cortes de Apelaciones, cumplan, efectivamente, con la labor constitucional de resguardar la naturaleza y sus elementos, en coordinación con este nuevo servicio público.

Volviendo al punto de inicio, se me hace imposible finalizar este trabajo sin decir que todo órgano de la administración nuevo o reformulado que imaginemos seguirá siendo absolutamente insuficiente mientras no reestructuremos nuestro sistema jurídico a través de un cambio radical que supere el paradigma antropocéntrico y el modelo productivo extractivista hegemónico. Por lo mismo, además de pensar en principios fundamentales que fracturen el antropocentrismo en el nuevo proceso constitucional que estamos viviendo, el horizonte debe situarse en el ejercicio de “des-cosificación” de los animales, mediante la fórmula de reconocerles su subjetividad jurídica. Incluso, deseable sería que a todos los animales se les reconozca como sujetos del derecho a no ser maltratados y a los silvestres se les reconozca especialmente los derechos a la libertad y la preservación de sus hábitats naturales. En este proceso, nada nos impide dar un salto mayor que otros países del globo a fin de reconocer, directamente, ciertos derechos de los animales en una nueva Constitución, soslayando la fórmula, utilizada hasta ahora, de reconocer a los animales como un objeto jurídicamente protegido. Para lograrlo, es posible seguir la línea de la Constitución de Ecuador, cuyo poder constituyente reconoció a la naturaleza como sujeto de derechos expresamente definidos en la Carta Fundamental⁵⁶.

⁵⁴ Vale mencionar que en el contexto del proyecto “Planificación nacional de la Biodiversidad para apoyar la implementación del Plan Estratégico de la CBD”, se desarrolló la “Estrategia Nacional de Biodiversidad 2017-2030”, instrumento de política pública aprobado el 05 de enero de 2018 por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad.

⁵⁵ CBD, [s.a.], “Chile – Detalles Principales” [en línea] [fecha de consulta: 31 de diciembre 2019]., Disponible en: <https://www.cbd.int/countries/profile/default.shtml?country=cl#facts>

⁵⁶ ZÁRATE, Camila. Un nuevo estatus jurídico para los animales no humanos [en línea] [fecha de consulta: 02 de noviembre 2020] Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/176822>

El segundo desafío de cambio guarda relación con el modelo económico chileno profundamente extractivista, es decir, centrado en la extracción intensiva de agua, suelos, plantas y animales para su exportación mercantil, a través de la explotación de cuerpos y territorios. Sin lugar a duda, con el extractivismo convergen todas las opresiones: las raciales, las coloniales, las patriarcales y, por su puesto, las especistas. Por lo mismo, si deseamos un país distinto, en donde a los animales silvestres se les deje vivir, mediante el reconocimiento de sus propios derechos al hábitat y la libertad, debemos buscar una transición económica y productiva hacia otros modos de vida post-desarrollistas, entre los que se encuentran el decrecimiento, el fortalecimiento de las economías locales, la agroecología, el buen vivir y un amplio “pluriverso”. En esta labor, la interseccionalidad entre las preocupaciones ecologistas, feministas y animalistas se torna fundamental para lograr sortear las dificultades de este pedregoso camino que nos queda por recorrer.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- › GUTIÉRREZ, J. y TRUJILLO, F., Fauna silvestre en Chile y competencias del Servicio Agrícola y Ganadero (SAG): Juicio crítico sobre el diseño institucional actual”, en CHIBLE VILLADANGOS, María José y GALLEGO SAADE, Javier. *Derecho Animal. Teoría y Práctica*. (1ª edición). Santiago, Chile. Ed. María José Chible y Javier Gallego Saade. Editorial Legal Publishing Chile, 2018.
- › PAREDES, C. y MARTÍNEZ, I. (2018), “La regulación ambiental aplicable a la salmonicultura y los principios jurídico-ambientales que la inspiran”, en Publicaciones Fundación Terram, APP N° 69, pp.1-45.
- › SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Informe de la comisión de agricultura, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que regula el funcionamiento de los parques zoológicos Boletín N°10.770-01. 2016.
- › SERVICIO AGRÍCOLA Y GANADERO. Criterios Técnicos para la Mantención y Manejo de Fauna Silvestre en Cautiverio.
- › SERVICIO AGRÍCOLA Y GANADERO, SUBDEPARTAMENTO DE VIDA SILVESTRE. Legislación sobre Fauna Silvestre. 2015.
- › SERVICIO NACIONAL DE PESCA Y AGRICULTURA, DEPARTAMENTO DE SALUD ANIMAL. Guía para la importación de especies acuáticas ornamentales. 2015.
- › SOTO-AZAT, Claudio et. al. *Definición de estándares para la certificación de centros de rescate y rehabilitación de mamíferos, reptiles y aves hidrobiológicas en Chile*. Informe final Proyecto Fondo de Investigación Pesquera y Acuicultura (FIPA) N°2014-30. 2017. 142 pp.

- › SUBSECRETARÍA DE PESCA. Plan de Acción Nacional para la Conservación de Tiburones (Plan Tiburones –Chile). 2006.
- › VALDIVIESO, Joaquín y CAPELLÁ, Aina. Animales productivos. El papel económico de los animales no humanos y los retos morales que implica. Revista de Bioética y Derecho. Barcelona, España. 2009.(17):50-57.

LEGISLACIÓN CHILENA

- › Decreto N°100 (22.09.2005) Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
- › Decreto con Fuerza de Ley N°1 (30.05.2000) Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Ministerio de Justicia.
- › Código Penal (12.11.1874). Ministerio de Justicia.
- › Decreto con Fuerza de Ley N°725 (11.12.1967) Código Sanitario. Ministerio de Salud Pública.
- › Ley N°18.755 (07.01.1989) establece normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero, deroga la ley N°16.640 y otras disposiciones sobre el Servicio Agrícola y Ganadero. Ministerio de Agricultura.
- › Ley N°18.892 (23.12.1989) Ley general de pesca y acuicultura. Ministerio de economía, fomento y reconstrucción.
- › Decreto N°141 (25.03.1975) Aprueba Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES). Ministerio de Relaciones Exteriores.
- › Decreto N°868 (12.12.1981) Promulga el Convenio sobre la Conservación de Especies Migratorias de la Fauna Salvaje. Ministerio de Relaciones Exteriores.
- › Ley N°19.300 (09.03.1994) Aprueba ley sobre bases generales del Medio Ambiente. Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
- › Ley N°19.473 (27.09.1996) que sustituye texto de la ley N°4.601 sobre caza y el artículo 609 del Código Civil. Ministerio de Agricultura.
- › Ley N°20.293 (25.10.2008) que protege a los cetáceos e introduce modificaciones a la ley N°18.892 general de pesca y acuicultura. Ministerio de Economía; Fomento y Reconstrucción; Subsecretaría de pesca.
- › Ley N°20.380 (03.10.2010) Sobre Protección a los animales. Ministerio de Salud; Subsecretaría de Salud Pública.

- › Ley N°21.020 (02.08.2017) Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía. Santiago, Chile. Ministerio de Salud.
- › Decreto N°5 (07.12.1998) Aprueba Reglamento de la Ley de Caza. Ministerio de Agricultura.
- › Decreto N°38 (07.05.2012) Reglamento General de observación de mamíferos, reptiles y aves hidrobiológicas y del registro de avistamiento de cetáceos.
- › Decreto N°30 (16.05.2013) Aprueba Reglamento sobre Protección del ganado durante el transporte. Ministerio de Agricultura. Santiago, Chile, 16 de mayo de 2013.
- › Decreto N°29 (24.05.2013) Aprueba Reglamento sobre Protección de los Animales durante su producción industrial, su comercialización y en otros recintos de mantención de animales. Ministerio de Agricultura. Santiago, Chile, 24 de mayo de 2013.
- › Decreto N°28 (30.05.2013). Aprueba Reglamento sobre Protección de los Animales que provean de carne, pieles, plumas y otros productos al momento del beneficio en establecimientos industriales. Ministerio de Agricultura.
- › Decreto N°1.424 (13.08.2016). Aprueba reglamento para la acreditación del funcionamiento de los circos nacionales y extranjeros. Ministerio del Interior.
- › Decreto N°1.007 (17.08.2018) Reglamento que establece la forma y condiciones en que se aplicarán las normas sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía y determina las normas que permitirán calificar a ciertos especímenes caninos como potencialmente peligrosos. Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

CUIDADO COMPARTIDO DE ANIMALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO: REFERENCIA DEL MODELO JURISPRUDENCIAL ESPAÑOL

*SHARED CARE OF ANIMALS IN THE CHILEAN LEGAL SYSTEM:
REFERENCE OF THE SPANISH JURISPRUDENTIAL MODEL*

STEPHANIE MERLET ZUVIC

ABOGADA, UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE
PROFESORA DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE
STEPHANIE.MZUVIC@HOTMAIL.COM

Resumen: La Ley N°21.020 que trata sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía, no alcanza a cubrir los intereses sociales que se persiguen en la actualidad en torno a los animales domesticados¹. Teniendo presente los avances en el viejo continente, especialmente la situación legislativa y jurisprudencial de España, proponemos al anacrónico legislador chileno un cambio en el estatuto jurídico animal. Asimismo, en lo que al Poder judicial se refiere, instarlo a encontrar soluciones innovadoras que se funden en la legislación vigente para resolver problemas tales como la determinación de un régimen comunicacional de un animal una vez ocurrido el quiebre de una relación matrimonial/sentimental, en el entendido que es posible establecer bases que lo orienten en el refuerzo de la custodia compartida, siempre que se tenga como fundamento el bienestar animal.

Palabras clave: Animal domesticado custodia compartida, ser sintiente, bienestar animal.

Abstract: Law N°21.020, about Responsible possession of pets and companion animals, does not cover the social interests that are currently being pursued around domesticated animals. Bearing in mind the advances in the old continent, especially the legislative and jurisprudential situation in Spain, we propose to the anachronistic Chilean legislator a change in the animal legal status. Likewise, as far as the judiciary is concerned, urge it to find innovative solutions that are based on current legislation to solve problems such as the determination of a communicational regime of an animal once the breakdown of a marital / sentimental relationship has occurred, in the understanding that it is possible to establish bases that guide it in the reinforcement of shared custody, provided that animal welfare is based on it.

Key words: Domesticated animal; joint custody; sentient being; animal welfare.

1 Según Donalson y Kymlicka: "Los animales domesticados son aquellos que han sido selectivamente criados para servir a fines humanos como alimento, protección, compañía, entre otros. Esos animales, por definición, han sido traídos a nuestra comunidad y, luego de un largo periodo de tiempo, se han convertido en dependientes de sus relaciones con los seres humanos". DONALSON, Sue y KYMLICKA, Will. De Polis a Zoopolis: una teoría política del Derecho Animal. En: Andreatta, María; Pezzetta, Silvina y Rincón, Eduardo. *Crítica y Animalidad*. Editorial latinoamericana especializada en estudios críticos animales. La Plata, Argentina. 2017. p. 113-140, p. 118.

INTRODUCCIÓN

Hasta hace algunos años, nos era difícil imaginar el posicionar a los animales en una categoría distinta a las cosas. Tradicionalmente, el Código Civil chileno los clasifica dentro de la categoría de bienes muebles; en este sentido su artículo 567 dispone “Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas”². No obstante, la colectividad progresa y hoy urge un estatuto especial que regule de manera eficaz el tratamiento de los animales en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente tratándose de aquellos que viven con nosotros.

La sociedad ha evolucionado en su forma de percibir a los animales, sin que la normativa vigente esté a la altura de los problemas prácticos que viven las familias chilenas, caso concreto es el desdén en determinar a quién le corresponde el cuidado del animal una vez que la familia se ha dividido, ya sea por el término de una relación de convivencia de hecho, acuerdo de unión civil, separación, nulidad o divorcio. Cualquiera fuere el vínculo de la pareja, lo cierto es que durante la vigencia de la relación compartieron el cuidado de un animal que vivía en el hogar común, formándose un vínculo afectivo entre el animal y quienes estuvieron a su cargo brindándole cuidados esenciales, protección, abrigo, salud y todo lo necesario para su desarrollo. Luego, al momento de ponerse fin a la convivencia nace la interrogante de a quién le corresponde el cuidado del animal. En este sentido ¿Es posible establecer un régimen de cuidado compartido respecto del animal?

Desde una perspectiva tradicional pareciera que la solución está dada por las normas que regulan la comunidad. Lo anterior, a la luz de la normativa civil vigente, no actualizada en materia de Derecho Animal, toda vez que aún considera a los animales como meros bienes muebles, cosificándolos. Con todo, en aplicación de la normativa vigente, no siempre es claro quién detenta el dominio del animal dado que no necesariamente se ha aceptado su cuidado sólo por uno de los cónyuges/convivientes. Así, puede haber sido incorporado al hogar sólo por uno, como también en conjunto por la pareja, incluso, por parte de los hijos u otros familiares que forman parte de ese núcleo. No siendo claro quién o quiénes son titulares (o, mejor dicho, a quien le corresponde el cuidado) del animal. La aplicación de las normas sobre comunidad resulta problemática, además de arcaica para los tiempos actuales que cada vez se alejan más de la cosificación, siendo el cuidado compartido una opción viable.

² Código Civil. Chile. (30/05/2000). Ministerio de Justicia.

Es indiscutible que la forma en que se percibe a los animales no es la misma que décadas remotas. El Derecho no puede ni debe ser estático ante las exigencias sociales, sino que está obligado a evolucionar. En palabras de CORDERO, “el derecho aparece como un fenómeno que muta o se transforma, ya sea de forma radical, como se da en las revoluciones, ya sea de forma imperceptible, lenta o evolutiva. Lo importante es tener presente que el impulso de estos cambios siempre ha de reconocer un cambio en la sociedad y en los valores que sustenta o ampara. Más aún, esta particular sensibilidad se ve resaltada en la medida que la capacidad de innovar en el ordenamiento jurídico constituye al mismo tiempo el ejercicio de parte importante del poder político y la manera de imponer determinados valores en el seno del núcleo social”³. Si bien no contamos actualmente con normativa que resuelva derechamente los conflictos planteados, nada obsta que puedan generarse iniciativas parlamentarias con un sentido visionario de estos conflictos, a fin de evitar la afectación del animal ante las crisis del matrimonio o la pareja, procurando menguar las repercusiones que estas situaciones envuelven.

En el presente trabajo, analizaremos el problema de determinar a quién corresponde el cuidado del animal una vez ocurrido el quiebre de la relación sentimental de los responsables del mismo y la posibilidad de explorar un régimen de cuidado compartido. Por lo anterior pasaremos primero por el estudio de la legislación extranjera en general para luego abordar con mayor detalle el modelo español, ahí nos detendremos en las propuestas legislativas en materia de Derecho Animal a fin de continuar al análisis sucinto de algunos fallos que han innovado en el tema en cuestión. Finalmente, analizaremos el caso de Chile, en concreto haremos alusión a las normas de la comunidad y a la Ley N°21.020 en la búsqueda de criterios que nos ayuden a solucionar el conflicto relativo al cuidado del animal con el quiebre de la relación sentimental de sus responsables. En este orden, abordaremos tres posibilidades: Las reglas de la comunidad; posibilidad de acuerdo entre las partes y los principios establecidos en la propia Ley N°21.020.



UNA SUCINTA MIRADA HACIA EL EXTERIOR

Desde antaño el mundo europeo va un paso adelante en cuanto a innovación legislativa se trata, no siendo el Derecho Animal la excepción. Fue en el Reino Unido en el año 1822 donde se promulgó la primera ley de protección animal relacionada con la prevención del trato cruel al ganado. Luego, en el año 2006 se promulgó

3 CORDERO, Eduardo. Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno. *Ius et Praxis*. Talca, Chile. Septiembre 2009. 2(15): 11-49. [En línea] (Fecha de consulta: 20.05.2020). p. 14. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000200002.

la Ley de Bienestar Animal: *Animal Welfare Act*, que por primera vez impuso a los dueños de animales domésticos el deber de cuidado de los mismos (*duty of care*). El concepto de Bienestar Animal, junto con otros avances tan significativos como lo es la incorporación del término de seres sintientes (*sentient beings*) como estándar de tratamiento de los animales, a los que se les reconoce su capacidad no sólo de experimentar dolor físico, sino además, sufrimiento, placer y diversión⁴, es un aporte que la Unión Europea le debe al Reino Unido y que, por lo demás, sienta las bases de la propuesta que se plantea en estas páginas.

En palabras de GIMÉNEZ-CANDELA, en su artículo sobre la descosificación de los animales en el Código civil español, "El término sentiencia para las Ciencias del Bienestar animal -que es de donde procede-, equivale al término 'sentience', así como la expresión 'sentient beings', con las que se hace referencia a la capacidad de los animales de experimentar no sólo dolor, sino también sufrimiento y emociones positivas"⁵. Esta afirmación recoge lo que en un comienzo planteó el Reino Unido, no siendo posible limitar la forma en que vemos y tratamos a los animales a la mera categoría de cosas. Esta capacidad de experimentar dolor, sufrimiento y otras emociones positivas son el móvil del levantamiento de la corriente descosificadora de los animales dado que, en su esencia ellos sienten, a diferencia de lo que ocurre con las cosas (llamadas cosas inanimadas), por lo que malamente podríamos seguir pensando que son tal.

Por otro lado, ya en el año 2015 Francia actualizó su legislación civil a las necesidades que requería la sociedad de la época, reconociendo a los animales como seres dotados de sensibilidad,⁶ dejando atrás la concepción que los visualiza meramente como cosas. En la misma línea le sigue Portugal, dando un paso más adelante en el año 2017, contribuyendo significativamente con el concepto de bienestar animal al reconocer a estos como *sentient beings* (*seres sintientes*), además de otorgarles categoría jurídica en la *Lei 8/2017*. La modernización del estatuto normativo en Francia y Portugal no fue realmente pionera en esta materia; ya en 1988 Austria, seguido por Alemania en 1990 y finalmente Suiza el 2003, introdujeron importantes reformas que llevan a considerar que los animales no son simplemente cosas, además de reconocer su protección.

4 GIMÉNEZ-CANDELA, Marita. Descosificación de los animales en el Cc. Español. *dA Derecho Animal*. (Forum of Animal Law Studies). Barcelona, España. 2018. 3(9): 7-27. p. 16.

5 *Ibid.* p. 9.

6 El art. 515.14 del Código Civil Francés fue introducido por la Ley N°177/2015 que indica "los animales son seres vivos y sintientes. Están sujetos al régimen en jurídico de la propiedad, a menos que existan leyes especiales que los protejan" ("Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens").

En los inicios de la descosificación de los animales, la redacción que los extraía de la categoría de cosas era arcaica, planteándose en términos negativos por lo que, en vez de reconocer la sintiencia de estos seres, se les denominaba como no cosas: nicht Sachen.⁷ Con todo, ya habían iniciado un nuevo ciclo en esta materia. En otros países como España tomaría más tiempo el sentar las bases para este ascenso, como se desarrollará a lo largo de esta investigación.

Volviendo al viejo continente, fuera del derecho común de cada Estado, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) viene a orientar los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembro en materia de Derecho Animal transversalmente al área del Derecho en que exista convergencia. Tratándose de animales, el artículo 13 del TFUE dispone que:

“Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional”⁸.

Este artículo es imperativo en tanto dirige la normativa interior de los Estados parte a que se considere el bienestar de los animales como seres sensibles (en la redacción del texto).

En el caso de América Latina, Colombia reconoce que los animales son seres sintientes en el párrafo del artículo 655 del Código Civil colombiano, esto último fue introducido por el artículo 2° de la Ley N°1774⁹ del año 2016¹⁰. En América central

7 Op. cit. GIMÉNEZ-CANDELA (2018). p. 9-10

8 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (26/10/2012) [en línea] 344 p. [Fecha de consulta: 21.05.2020]. p. 8. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT>.

9 El artículo 1° de la Ley N°1774 de 2016, Colombia. Dispone: “Objeto. Los animales como seres sintientes no son cosas, recibirán especial protección contra el sufrimiento y el dolor, en especial, el causado directa o indirectamente por los humanos, por lo cual en la presente ley se tipifican como punibles algunas conductas relacionadas con el maltrato a los animales, y se establece un procedimiento sancionatorio de carácter policivo y judicial”.

10 CONTRERAS, Carlos. Colombia: animales como seres sintientes protegidos por el Derecho Penal. *dA Derecho Animal*. (Forum of Animal Law Studies). Barcelona, España. 2016. 1(7): 1-21. p. 6.

está México¹¹, Estado que reconoce constitucionalmente a los animales como seres sintientes merecedores de un trato digno. El artículo 13 letra B de la Constitución Política de la Ciudad de México prescribe lo siguiente:

“1. Esta Constitución reconoce a los animales como seres sintientes y, por lo tanto, deben recibir trato digno. En la Ciudad de México toda persona tiene un deber ético y obligación jurídica de respetar la vida y la integridad de los animales; éstos, por su naturaleza son sujetos de consideración moral. Su tutela es de responsabilidad común. 2. Las autoridades de la Ciudad garantizarán la protección, bienestar, así como el trato digno y respetuoso a los animales y fomentarán una cultura de cuidado y tutela responsable. Asimismo, realizarán acciones para la atención de animales en abandono”.

Sin duda la presión social ha motivado estos cambios favorables a la evolución legislativa, lo que es celebrado en el mundo jurídico pues, como se mencionó anteriormente, el Derecho debe ir con el progreso y negarse a ser estático. En consecuencia, el reconocimiento de la sintiencia de los animales es el reflejo de un dinamismo jurídico deseado en nuestro país, sobre todo, como es el caso de México, si aquello se reconoce en la Constitución Política.



EL MODELO ESPAÑOL

En lo que adelante será de un estudio más profundo, el año 2017 se da inicio a un proceso de reforma del estatuto jurídico de los animales, en que se pretendía la reforma del Código Civil español, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil. El objetivo era reconocer en los animales su calidad de seres sintientes descosificándolos, llevándose a efecto en marzo del año 2019 la ponencia de “Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los Animales”. Esta proposición no tuvo éxito, quedando interrumpido hasta la fecha el proceso de aprobación de dicha reforma, cuestión que será difícil retomar luego de la elección de parlamento el 18 de abril del 2018. Citando nuevamente a GIMÉNEZ-CANDELA, refiriéndose a la propuesta iniciada el 2017 y su relación con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, “Los elementos que la propiciaron siguen vigentes. La sociedad ha cambiado su actitud respecto a los animales, la ciencia cada vez ofrece resultados más consolidados en afirmación de la sintiencia animal, el movimiento descosificador es una realidad global perceptible en muchos países y, por último, la legislación del Bienestar animal sigue vigente y vincula

¹¹ Constitución Política de la ciudad de México. México. (31.01.2017). Reconoce a los animales como seres sintientes. Pleno de la Asamblea constituyente.

a España como estado Miembro que no puede desoír sus obligaciones”¹².

De lo pertinente a esta exposición, las reformas introducidas por la Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales de fecha 14 de octubre de 2017¹³ son las siguientes:

1. EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Se propone modificar el artículo 90 en términos de agregarse que el convenio regulador de la separación o divorcio de los cónyuges deberá contener, además de otra serie de requisitos:

“El destino de los animales de compañía, caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute si fuere necesario”.

Se induce a los cónyuges a tomar la iniciativa respecto al destino de los animales domesticados, ubicándolo en la letra c) de dicho precepto, luego del establecimiento de la patria potestad de los hijos, la relación directa y regular con el progenitor que no la detente, y el régimen de visitas y comunicacional de los nietos con sus abuelos. Se encuentra posicionado en orden anterior al uso de la vivienda familiar inclusive. Sin duda esta alteración en el orden de incorporación al acuerdo regulador y no la simple agregación de una letra más al artículo, pretende dar señal de la importancia de los animales y su destino en la vida de las personas, dicha propuesta reflejaría aquellos principios que van en promoción del bienestar animal y un incremento en la importancia de los mismos como seres sujetos de protección.

Una segunda modificación es que a continuación del original artículo 94 que regula la relación directa y regular, y comunicación entre los hijos menores y aquel que no los tenga consigo (asimismo este derecho respecto de los abuelos), se introduce el artículo 94 bis que prescribe:

“La autoridad judicial confiará los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal”.

En este sentido, a propósito de la ruptura matrimonial, se propone un régimen de

¹² GIMÉNEZ-CANDELA, Marita. Animales en el Código civil español: una reforma interrumpida. *dA Derecho Animal. (Forum of Animal Law Studies)*. Barcelona, España. 2019. 2(10): 7-12. P. 11.

¹³ Proposición de Ley. España (13.10.2017) Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Congreso de los Diputados.

cuidado exclusivo o compartido teniendo en vista el interés de la familia y el bienestar animal, ello cobra relevancia en la resolución del juez. Además, no se incorporan factores de tipo patrimonial en este artículo, sino cuestiones subjetivas, dando un vuelco importante a la pretérita legislación. No obstante, creemos que se mantienen las diferencias de tipo especistas, distinguiendo claramente entre bienestar animal y el bienestar de la familia, incorporando una clara brecha entre ambos, cuestión que consideramos no tiene actualmente una base sólida que lo sostenga. La doctrina moderna ha ido incorporando el concepto de familia multi-especie, abriendo así la posibilidad de que la familia esté formada no exclusivamente por seres humanos, sino también por animales no humanos. A modo de ejemplo, en palabras de JARDIM, DISCONZI y SILVEIRA a propósito de la incorporación de los animales al concepto de familia, indican “La existencia de vínculos afectivos es independiente de especie, si humano o animal, tanto la pareja hetero/homoafectivo o los diversos miembros que componen una familia parental, como también la single, justifican la clasificación de familia multiespecie. Esto porque tienen en su mascota la representación de un ente familiar. No se puede dejar de subrayar que en los días de hoy los animales llenan espacios en el universo humano, reciben afecto como un ente familiar, cada uno en la particularidad subjetiva del núcleo a que pertenece”¹⁴. Volveremos sobre este punto más adelante.

En tercer lugar, la propuesta introduce a propósito del artículo 103 una nueva medida determinada por el juez con audiencia de ambos cónyuges a falta de acuerdo de los mismos en las situaciones descritas:

“2.^a Determinar, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, si los animales de compañía se confían a uno o a ambos cónyuges, la forma en que el cónyuge al que no se hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno”.

Esta medida se incorpora, al igual que en la modificación del artículo 90, alterando el orden secuencial de los numerales, incluyendo como numeral segundo que el cuidado del animal(es) le corresponderá a uno de los cónyuges o a ambos, pudiendo otorgársele a aquel que no tenga el cuidado, posibilidad de “tenerlo en su compañía”. No es menor que esta providencia se incorpore luego de la regulación de la patria potestad de los hijos, que antes correspondía a ambos cónyuges. En la misma lógica la modificación al artículo 90 se prioriza a los animales de compañía exigiendo además que se mire su bienestar y el interés familiar por parte del juzgador. La consideración de los animales como seres sintientes exige su bienestar como imperativo regulador de las relaciones familiares; así, ante la falta de acuerdo de los cónyuges es el propio juez quien debe regular esta materia.

¹⁴ JARDIM, Ana; DISCONZI, Nina; y SILVEIRA, Valdirene. La mascota bajo la perspectiva de la familia multiespecie y su inserción en el ordenamiento jurídico brasileño. *Revista dA Derecho Animal*. Barcelona, España. 2017. 3(8):1-20. p. 4-5.

Parece curioso incluir aquello luego de la regulación de la patria potestad de los hijos, pues las siguientes medidas se refieren a aspectos patrimoniales como la contribución a las cargas matrimoniales, los bienes comunes o gananciales y el régimen de administración de los mismos. Podemos concluir que cabe la posibilidad de que el ánimo del legislador sea asimilar el tratamiento de los animales domésticos al propio de los hijos inclusive, aunque no se menciona expresamente. El orden de prelación y los términos en que se redacta el precepto dan luces que se ha incorporado una mirada vanguardista propia de la doctrina moderna, lo anterior se ha planteado por autores que promueven el avance del Derecho Animal desde una perspectiva proteccionista, la posibilidad de extender el régimen aplicable a los niños, niñas y adolescentes también a los animales domésticos, por tener en común su posición de vulnerabilidad¹⁵. Consideramos que no se está tan lejos de estos criterios como pensamos, al menos en términos prácticos. Volveremos también sobre este punto.

Finalmente, en lo concerniente al tema, se introduce un nuevo artículo 333 en reemplazo del original "Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles". En su lugar, se incorpora el siguiente texto:

1. Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes en la medida en que sea compatible con su naturaleza y con las disposiciones destinadas a su protección.
2. El propietario de un animal puede disfrutar y disponer de él respetando su cualidad de ser dotado de sensibilidad, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie. El derecho de uso no ampara el maltrato. El derecho de disponer del animal no incluye el de abandonarlo o sacrificarlo salvo en los casos establecidos en las normas legales o reglamentarias.
3. Los gastos destinados a la curación de un animal herido por un tercero son recuperables por su propietario en la medida en que hayan sido proporcionados y aun cuando hayan sido superiores al valor del animal.
4. Sin perjuicio de la indemnización debida según las normas generales de responsabilidad civil, en el caso de que la lesión de un animal de compañía, causada por un tercero, haya provocado su muerte, la privación de un miembro o un órgano importante, o una afectación grave o permanente de su capacidad de locomoción, su propietario y quienes convivan con el animal tienen derecho a una indemnización, que será fijada equitativamente por el tribunal, por el sufrimiento moral sufrido".

¹⁵ SUÁREZ, Pablo. Animales, incapaces y familias multi-especies. Revista Latinoamericana de estudios críticos animales. Buenos Aires, Argentina. 2017. 4(2): 58-84. p.70.

El numeral primero advierte que los animales son seres dotados de sensibilidad, reconociendo esta cualidad como limitación al régimen jurídico que se les aplica asegurándose su protección. El numeral segundo, en lo que se refiere al ejercicio de las facultades de goce y disposición del derecho de propiedad sobre el animal supone el respeto de su sensibilidad. Este numeral es un tanto contradictorio con otras de las modificaciones realizadas, pues por una parte se modifica el libro segundo y su título I, aparentando la famosa trilogía que distingue a las cosas de los bienes, no obstante, la calidad de propietario permanece con algunas restricciones. Ello da cuenta del afán de no desprenderse de todo acervo tradicional que hoy reviste el Código Civil en cuanto a la cosificación del animal.

Pese a lo anterior, la llegada de la descosificación de los animales es ineludible. Se rescata del numeral segundo la vista del bienestar animal como límite inamovible del ejercicio del derecho de propiedad, además de la proscripción del abandono y sacrificio fuera de las normas legales. En este sentido, creemos que se mantienen conceptos que ponen a los animales en posición de objetos de derecho debido al fuerte arraigo de esta consideración desde antaño, no concibiendo otra manera de posicionar a los animales, inclusive teniendo conciencia de que estos son merecedores de protección y respeto (como así se desprende de la norma). Entonces, el verdadero móvil del freno en el avance de la posición de los animales como sujetos de protección, es una cuestión meramente histórica y cultural arraigada a tal punto que parece provocar incomodidad el sólo cambio en el lenguaje por uno antiespecista, cuando ciertamente es un hecho que los animales son seres sentientes merecedores de un régimen radicalmente distinto al de las cosas. Reforzando esta idea, no podemos estar más de acuerdo con DONALSON y KYMLICKA al indicar que “Los derechos inviolables están, antes que nada y, sobre todo, para la protección de los débiles y vulnerables; no son una suerte de premio conferido a los más racionales o cognitivamente complejos... cualquier ser con un bien subjetivo, cualquier ser que experimenta la vida desde adentro, debería tener derechos básicos inviolables. De hecho, deberían tener estos derechos precisamente para protegerlos de los juicios (y acciones) de aquellos que les atribuyen menos valor, menos complejidad o menos sentido a sus vidas”¹⁶.

Finalmente, el numeral cuarto viene a reconocer el derecho a indemnización de que goza el propietario del animal y quienes convivan con él en caso de que un tercero haya provocado su muerte, privación de un miembro/órgano importante o una afectación grave o permanente en su capacidad de locomoción. Este numeral es reflejo de la praxis jurisprudencial, así por ejemplo, en Cataluña, el año 2007 se

¹⁶ Op. cit. DONALSON y KYMLICKA (2017). p. 118.

concede indemnización por daño moral debido a la pérdida de un animal.¹⁷ En este orden de ideas, MONTES ha realizado un análisis de criterios judiciales utilizados para determinar el daño moral en caso por la pérdida o lesión a un animal. Se refiere a la existencia de afecto hacia el animal; la existencia de sufrimiento y la necesidad (o no) de probar el mismo; pérdida o lesión de un animal (como requisito); el tiempo de convivencia con el animal y las circunstancias en que se ha producido la muerte. Concluyendo que “no es posible negar la procedencia de la indemnización del daño moral por la pérdida o lesión de un animal de compañía, pues ya ha sido ampliamente aceptada por la jurisprudencia española” e inclusive recomienda un aumento en los montos de las indemnizaciones (que alcanzan los 4.000 euros) puesto que aquello reflejaría la “pérdida o lesión de un animal al cual se considera como un miembro de la familia, amigo y compañero”¹⁸.

2. EN LA LEY HIPOTECARIA¹⁹

El artículo 111 de la Ley Hipotecaria también se modifica pasando a tener la siguiente redacción:

“Salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice, no comprenderá: Primero. Los animales colocados o destinados en una finca dedicada a la explotación ganadera, industrial o de recreo”.

La reforma deja a salvo de hipoteca a los animales pertenecientes a la finca hipotecada, otra manifestación de la propuesta que afirma un aparente avance hacia la descosificación. Desde un punto de vista crítico, aún se permite la hipoteca sobre los animales cuando así lo hayan acordado las partes, por lo que a cada paso que se avanza en la reforma se retrocede la mitad. Como indicamos en párrafos anteriores, el innato vocabulario especista y cosificador es consecuencia de una fuerte tradición normativa, cuestión que creemos es y seguirá siendo un gran impedimento para el avance del Derecho Animal proteccionista alejado de la cosificación. Existe un arraigo en la consideración de los animales siempre desde el punto de vista del hombre, y una incapacidad de nuestra parte en verlos como seres independientes a nosotros. Toda nuestra regulación en materia de Derecho Animal está planteada en base a

¹⁷ Juzgado de Primera instancia N°32 de Barcelona. (16.05.2007). Actuaciones 466/07 A2 Procedimiento ordinario.

¹⁸ MONTES, Macarena. (2018) La indemnización del daño moral por la pérdida o lesión de un animal de compañía. Boletín Intercids de Derecho Animal. [Fecha de consulta: 25 de agosto del 2020]. Disponible en: https://intercids.org/files/BIDA_AOL18-G7_8_Montes_Macarena.pdf

¹⁹ Mediante el Decreto de fecha 8 de febrero de 1946 (España) se aprueba la redacción de la Ley Hipotecaria.

la satisfacción de nuestras propias necesidades, considerando a los animales como “medios para un fin”. Como bien plantea HORTA “la única forma de proporcionar a estos animales una protección real pasa por defender sus intereses por sí mismos, independiente de los intereses humanos implicados y aún en el caso de que choque frontalmente con estos”²⁰. Cuestión que se encuentra aún muy alejada de la realidad.

3. EN LA LEY N°1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Finalmente, se modifica el artículo 605 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que en lo pertinente pasa a tener la siguiente redacción:

“No serán en absoluto embargables: 1° Los animales de compañía, sin perjuicio de la embargabilidad de las rentas que los mismos puedan generar”.

Continuando la misma lógica de la reforma en la Ley Hipotecaria, la inembargabilidad de los animales domésticos es una señal clara de la descosificación fundado en la calidad de ser sintiente. Además de los argumentos reproducidos en el punto anterior, es dable mencionar que existe al menos un rastro de la famosa trilogía: persona-animal-cosa.

IV

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA, UN EJEMPLO PARA CHILE

Es lamentable indicar que la propuesta legislativa no llegó a concretarse. No obstante, la jurisprudencia española no se ha quedado atrás, evolucionando en materia de Derecho Animal. A continuación, revisaremos algunos fallos de nuestro interés a propósito del cuidado compartido de animales:

En primer lugar, la sentencia de fecha 7 de octubre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia N°2 de Badajoz, confirmada posteriormente por sentencia de fecha 10 de febrero de 2011 de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2ª. En los hechos, se trataba de una Expareja que discutía la custodia de su perro llamado Laude. El juez de primera instancia consideró para su fallo la siguiente idea:

“Sea como fuere, en la actualidad, el perro sigue cazando para nosotros, vigila nuestros rebaños y propiedades, nos sirve de alimento, de sujeto experimental, trabaja en múltiples tareas como la detección de explosivos o drogas, en salvamento, ayuda a personas con minusvalías, etcétera. Y por encima de todo, tal vez por esa especial relación innata, el principal papel del perro es hacernos compañía, sobre todo en las sociedades urbanas. Y de esa compañía, como consecuencia lógica, nacen grandes y sentidos afectos”²¹.

²⁰ HORTA, Oscar. La cuestión de la personalidad legal más allá de la especie humana. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Ciudad de México, México. 2011. 34: 55-83. p. 73.

²¹ Juzgado de Primera instancia N°2 de Badajoz. Demanda de juicio verbal. (07.10.2010). número 813/2010.

Sin perjuicio del lenguaje cosificador del juez y su clara consideración del perro como “un medio para un fin”, reconoce en su fallo las relaciones afectivas con los animales, sin referirse a la propiedad sobre los mismos, razonamiento que se basa en la historia de los individuos y su relación con los animales a lo largo del tiempo, nicho de afectos en un vínculo recíproco.

Luego, el juzgador, en el considerando cuarto parte final de la sentencia, indica:

“Cabe la alternativa de regular el disfrute del animal. Pues bien, como ese disfrute, por razones obvias, no puede ser conjunto, lo procedente es establecer una tenencia temporal del perro. Períodos de tiempo que han de ser iguales para doña y don. De forma ponderada, se acuerda entonces fijar que el perro esté cada seis meses en poder de cada uno, comenzándose el primer plazo de disfrute por doña habida cuenta de que es quien se ha visto últimamente privada de la tenencia”²².

En ese fallo es claro que la lógica del juez no está direccionada a considerar al animal como ser sintiente para fundamentar su decisión, más bien, todavía considera a los animales como propiedad y a sus dueños como copropietarios de un bien indivisible. Pese a ello, no cabe duda que es un avance en materia de protección animal, sentando las bases para ampliar el contenido de los derechos de que gozan los dueños (cuidadores) de los mismos, y abriendo paso a un nuevo concepto antes desconocido en España: el cuidado compartido de animales domesticados. No vemos inconveniente en que se regule esta materia aun tratándose de algo propio del Derecho de Familia asimilable a los hijos. Como plantea SUÁREZ “A los animales con quienes convivimos (1) les damos un nombre, (un atributo de la personalidad); (2) tenemos en cuenta su existencia y sus necesidades al momento de mudarnos, de vacacionar, cuando ocurre una separación en la familia, etc.; (3) les reconocemos en muchas ocasiones un estado de familia (hijo, hermano), otro atributo de la personalidad. (4) los animales a su vez se adoptan por sí – y les reconocemos un rol familiar... es un arreglo familiar multi-especies por el que debe interesarse el derecho de las familias; no un asunto de propiedad en condominio de un bien del que debe ocuparse el derecho de propiedad”²³.

En Segundo lugar, la sentencia 14 de marzo de 2018 del Juzgado de Primera Instancia N°9 de Barcelona²⁴ también declara este régimen de cuidado compartido respecto de

²² Ibid. Fallo.

²³ Op. cit. SUÁREZ (2017). p.67.

²⁴ Juzgado de Primera instancia N°9 de Barcelona. Demanda de juicio verbal. (14.03.2018). número 420/2017.

las partes a propósito de la perra llamada Luna. La petición de la parte demandante fue que se acordase la extinción de la comunidad de bienes existente entre ambos en relación con Luna y se estableciese un régimen de tenencia compartida de esta por semanas alternas. El juez basa su fallo en las normas apartado 3 del artículo 511-1 del Libro quinto del Código Civil de Cataluña, que dispone:

“Los animales, que no se consideran cosas, están bajo la protección especial de las leyes. Solo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza”.

Y el artículo 2.2 del Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de los animales, prescribe:

“Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad física y psíquica, así como de movimiento voluntario, y deben recibir el trato que, atendiendo básicamente a sus necesidades etológicas, procure su bienestar”²⁵.

Siendo el fallo propiamente tal:

“Que estimo la demanda interpuesta (...) y en su virtud acuerdo la extinción de la comunidad de bienes existente entre las partes en relación con la perra Luna y establezco un régimen de tenencia compartida del animal, que en defecto de acuerdo tendrá lugar por semanas alternas”²⁶.

Como se evidencia, el cuidado compartido de animales en España ya no es algo desconocido, aunque aún se haya planteado bajo los estándares del derecho de propiedad con el uso de la voz tenencia, cuestión errada a nuestro juicio. La lógica del juzgador aún no se ampara completamente en la descosificación de los animales, con todo, los fallos comienzan a reflejar el sentir social, la concepción que se tiene de los animales domésticos se conecta con la apreciación de los mismos, lo que impide abstraerse de esta consideración al momento de decidir.

Aun si siguiéramos al derecho tradicional, el sólo derecho de propiedad, a veces difuso en periodos extensos de convivencia o ante la falta de medios probatorios para esclarecer el mismo, es el panorama perfecto para la proliferación de la custodia compartida fuera de este único régimen. La extinción de la comunidad pudo suponer la adjudicación del animal a uno de los cónyuges a cambio de una suma de dinero, en cambio, la sentencia en estudio impone un régimen que implica el esfuerzo de los propietarios a fin de que ambos gocen de la compañía de la mascota, esfuerzo que los dueños están dispuestos a asumir pues no hay valor equiparable a la compañía. Bajo

²⁵ Ibid. Considerando segundo.

²⁶ Ibid. Fallo.

esa lógica se deja entrever que en realidad el derecho de propiedad no es importante. Tratándose de seres sintientes con quienes tenemos lazos afectivos importantes, esto último es lo que cobra relevancia. En palabras de OLIVERA, en relación al cuidado compartido de los animales domésticos:

“(…) se evidencia, cada vez más, la existencia de un mayor interés jurídico acerca de la regulación de los animales domésticos y, en consecuencia, cómo los Juzgadores se han visto en la necesidad de adaptar su arcaico razonamiento jurídico del animal entendido como una simple cosa para dotarlo de transcendencia jurídica a fin de obtener una solución jurídica que armonice y vaya en consonancia con la constante evolución conceptual del animal que efectúa la sociedad civil”²⁷.

Mientras se da inicio a un auge en materia de Derecho Animal nutrido por la reciente doctrina y los diversos trabajos científicos que buscan la descosificación de los animales, hay luces que la sociedad ha cambiado. Hace más de una década que se viene representando a los animales como compañeros, hijos, hermanos y parte integrante de la familia, por lo que sus malestares, dolencias, sufrimiento o fallecimiento también nos provocan daño en la esfera extrapatrimonial, a medida que pasa el tiempo la comunidad los concibe menos como cosas y más como seres titulares de derechos, pues como mencionamos en un inicio de este trabajo, siguiendo a JARDIM, DISCONZI y SILVEIRA, es posible concebir un concepto de familia multi-especies, pues la familia no está definida por la sangre ni por el parentesco, sino por los lazos de afectividad.²⁸

Por otra parte, se destaca entre los fallos más recientes la sentencia de fecha 27 de mayo de 2019 del Juzgado de Primera Instancia N°9 de Valladolid, que otorga el cuidado compartido de un animal doméstico en su calidad de sintiente. Esta no es la primera vez que la justicia española razona en este sentido, tal como vimos precedentemente. Dicha sentencia, en su considerando quinto, indica:

“Esta materia es objeto de una proposición de ley de modificación del código civil, Ley Hipotecaria y Ley de Enjuiciamiento civil sobre régimen jurídico de los animales de 13 de octubre del 2017, en trámite parlamentario, dado que nuestro Código civil (C/C) considera a los animales como bien mueble, pese a que el Código Penal ya distingue entre daños a animales domésticos y cosas. Dicha

²⁷ OLIVERA, Miryam. La tenencia compartida de un animal doméstico como ser sintiente. Comentario a la sentencia de fecha 27 de mayo de 2019 del Juzgado de Primera Instancia n° 9 de Valladolid. Magistrado-juez: D. Luis C. Tejedor Muñoz. *dA Derecho Animal. (Forum of Animal Law Studies)*. Barcelona, España. 2019. 4(10): 155-158. p. 157.

²⁸ Op. cit. JARDIM, DISCONZI y SILVEIRA (2017). p. 4-5.

proposición de ley no hace más que cumplir el Protocolo sobre protección de animales que figura como anexo al tratado Constitutivo de la Unión Europea de 1997 (Ámsterdam), que considera a los mismos como “seres sensibles”, con lo que se produce un pleno reconocimiento como tales dentro de la UE, como principio general y constitutivo que en el año 2009 mediante su incorporación al Tratado de Lisboa, ex art. 13 TFUE, exige a los Estados miembros que respeten las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles.” ..

En el mismo sentido, el considerando séptimo:

“El art. 3 del código civil establece que las normas se interpretarán con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, y como se ha expuesto, debe considerarse al perro ‘Cachas’, pese a la actual regulación del código civil cosa, como un animal de compañía, el cual constituye un ser dotado de especial sensibilidad, tal y como ya se establece con plena eficacia jurídica el art. 13 del TFUE, como Derecho originario, pese a la falta de desarrollo legislativo en el ordenamiento jurídico de dº común, y como tal, en supuestos de crisis de pareja (relación de afectividad análoga a la conyugal) como el presente, deben de aplicarse como criterios de resolución del conflicto, más bien los previstos para las crisis matrimoniales, circunstancia que concurre en este caso, ya que se trata de un hecho admitido la relación de convivencia análoga a la conyugal de S. y C. desde el mes de octubre del 2012 y febrero del 2017 en el domicilio sito en la calle xxx”.

Finalmente, el juez determinó otorgar el cuidado compartido de Cachas a ambas partes por periodos de 6 meses cada uno, teniendo en vista el bienestar del animal. La sentencia de Valladolid es novedosa por los argumentos que fundan su decisión, los jueces se han visto en la obligación de evolucionar con el Derecho y, aun a falta de normativa vigente en el Código Civil español, se refiere a la propuesta de reforma del año 2017 que pretende un cambio en el Código Civil, Ley Hipotecaria y Ley de Enjuiciamiento Civil. Destacamos la forma de abordar la consideración de los animales en reconocimiento de los medios internacionales de que España es miembro, haciendo propia la obligación de mutar en cumplimiento de las exigencias impuestas.

Asimismo, provoca reflexión la analogía situacional de la relación entre excónyuges y exparejas de hecho. Existe por parte del juzgador un rol visionario que se adelanta inclusive a la anhelada reforma. Recordemos que la inclusión de la regulación del cuidado compartido de animales domésticos debe estar incorporada en los pactos a propósito de la separación o divorcio en el matrimonio. La sentencia en cuestión también toma como referencia al Derecho Internacional en términos similares a los expresados en párrafos anteriores, por lo que hace pensar que existe por parte del sentenciador un ánimo de insatisfacción con la actual normativa civil. De ahí que expresa su intención de corregir los vacíos conforme las exigencias de la sociedad actual. Cobra relevancia en esta materia el poder inquisitivo, en comentario de OLIVERA,

“El Juzgador, de esta manera, con el influjo de los mentados trabajos científicos y textos académicos determina, con más audacia, que la citada Proposición de Ley – que introduce, entre otras, una modificación de las normas en las rupturas matrimoniales/parejas de hecho en relación con la custodia de los animales de compañía-, pretende una evidente reforma del nuestro actual Código Civil al superar la visión y consideración de los animales entendidos como cosas para pasar a ser seres dotados de especial sensibilidad y, por ende, atenderse al bienestar del animal”²⁹.

V LA SITUACIÓN EN CHILE

En nuestro continente, como se dijo en párrafos anteriores, Colombia lleva la delantera con un precepto vigente que reconoce la sintiencia de los animales. Otros países como Argentina o Brasil, se encuentran en proceso de reformas que tienden a la evolución de sus estatutos en materia de Derecho Animal. En el caso de Chile, se conserva el primitivo estatuto jurídico regulador de los animales vigente en el Código Civil, que los sitúa dentro de la categoría de bienes muebles del tipo semovientes. En el año 2017, impulsado por la presión social, se publicó la Ley N°21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía, tras permanecer anquilosada alrededor de 8 años en el Parlamento, produciéndose la primera moción parlamentaria el año 2009 con el proyecto de Ley sobre responsabilidad por daños ocasionados por animales potencialmente peligrosos³⁰, algo diverso del contenido actual de la Ley, la que pretende dar protección a los animales domésticos estableciendo derechos y obligaciones que corresponden a quienes los tienen bajo su cuidado, entre otros objetivos que pasaremos a desarrollar. Aun así, esta ley ha sido foco de duras críticas por no reflejar las necesidades de la sociedad moderna.

El artículo 1° de la Ley N°21.020 dispone lo siguiente:

“Esta ley tiene por objeto establecer normas destinadas a: 1) Determinar las obligaciones y derechos de los responsables de animales de compañía. 2) Proteger la salud y el bienestar animal mediante la tenencia responsable. 3) Proteger la salud pública, la seguridad de las personas, el medio ambiente y las áreas naturales protegidas, aplicando medidas para el control de la población de mascotas o animales de compañía. 4) Regular la responsabilidad por los daños a las personas y a la propiedad que sean consecuencia de la acción de mascotas o animales de compañía”³¹.

²⁹ Op. cit. OLIVERA, (2019). p. 156.

³⁰ Historia de la Ley N°21.020. Chile. (04/05/2018). Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile /BCN.

³¹ Ley N°21.020. Chile. (02/08/2017). Ley de Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía. Ministerio de Salud.

Como se advierte en el artículo citado, además de mantenerse un lenguaje cosificador, los objetivos se tornan difusos y demasiado amplios. Lamentablemente aquello no se subsana con el texto legislativo en cuestión, dejando a la deriva temas de gran relevancia como lo es el cuidado compartido del animal.

Por otro lado, el artículo 2° en su numeral 1 indica:

“Para efectos de esta ley, se entenderá por: 1) Mascotas o animales de compañía: aquellos animales domésticos, cualquiera sea su especie, que sean mantenidos por las personas para fines de compañía o seguridad. Se excluyen aquellos animales cuya tenencia se encuentre regulada por leyes especiales (...)”³².

Destacamos la alusión que se hace al bienestar animal como lineamiento de protección, incorporándose el concepto de tenencia responsable (aunque no en el lenguaje esperado) que, como indica en el numeral 7 del artículo 2°:

“Es el conjunto de obligaciones que contrae una persona cuando decide aceptar y mantener una mascota o animal de compañía, y que consiste, entre otras, en registrarlo ante la autoridad competente cuando corresponda, proporcionarle alimento, albergue y buen trato, brindarle los cuidados veterinarios indispensables para su bienestar y no someterlo a sufrimientos a lo largo de su vida”³³.

Destacamos que en la primera frase se hace referencia a la “decisión de aceptar” al animal, sin hacer alusión a una adquisición y, por tanto, derecho de dominio, algo muy positivo en términos de descosificación. El concepto de tenencia responsable se formula como algo insípido que no da verdaderas luces de la forma en la que un sujeto pasa a ser responsable de un animal ni especificando lo que se entiende por bienestar animal. La última frase de este concepto se refiere al sufrimiento que puede experimentar el animal, erróneamente podríamos pensar que un bien mueble a secas experimenta sufrimiento. Es claro que se trata de una categoría distinta, aunque se plantee como una sutileza semántica.

Los animales domesticados como indica la Ley de Tenencia Responsable, cobran cada vez más relevancia en la vida de las personas. Una tendencia a retardar la llegada de los hijos entre las nuevas generaciones ha llevado a la sociedad a considerar a los animales cada vez más como parte de la familia (como se indicó anteriormente). En este sentido, una encuesta realizada por CADEM en mayo del 2019³⁴ da cuenta

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Encuesta CADEM. El Chile que viene: Mascotas. Chile. Mayo 2019. [Fecha de consulta 15.05.2020]. Disponible en: <https://www.cadem.cl/encuestas/el-chile-que-viene-mascotas/>.

que en un universo de 1.596 entrevistas, siendo aproximadamente 400 personas por generación, incluyendo la Generación Z (personas entre los 13 y 21 años), Generación Millennials (personas entre los 22 y 35 años), Generación X (personas entre los 36 y 51 años), y la Generación Baby Boomers (personas entre los 52 y 71 años); un 73% es responsable a lo menos de un animal, siendo un promedio de 2 animales por hogar con independencia de la generación. Pareciera ser que además del aumento en la aceptación de animales para convivir con ellos, también hay un auge en la consciencia de la protección animal, al igual que en la pertenencia de los mismos más allá de lo que implica el derecho de propiedad, toda vez que el 96% de los encuestados declara considerar a su mascota como un miembro más de su familia.

Bien sabemos que el concepto de familia ha ido evolucionando para el Derecho chileno, en vista de las propias exigencias de la sociedad. Así, puede ser que en un futuro no muy lejano este concepto logre incorporar a estos animales no humanos han convivido junto al hombre desde sus inicios, ello sin duda daría un vuelco a las formalidades que hoy limitan esta concepción. Lo anterior no está tan lejos como se piensa, pues es la propia sociedad quien impulsa al poder legislativo en la creación de normas jurídicas, ello es parte del dinamismo jurídico. Incluso, algunos autores ya se refieren al concepto de familias multi-especies,³⁵ por la relevancia práctica de los lazos afectivos por sobre los biológicos en esta consideración. Nada obsta entonces que en un futuro sean aplicables los estatutos jurídicos reguladores de las relaciones de familia a los animales no humanos, como avance hacia una legislación anti-especista.

Pese a la reflexión anterior, es de nuestro interés adentrarnos en algo un poco menos innovador que la inclusión de los animales en el concepto de familia, esto es, el cuidado de los animales domésticos habiendo existido un quiebre en el grupo familiar.

En Chile, la normativa reguladora de los animales es precaria, en tanto hay indudables vacíos en la legislación. Aún estamos lejos de una sistematización en esta materia, siendo la doctrina el principal aporte jurídico, sin contar con una legislación a la altura de las necesidades insipientes de la población a propósito de los animales domésticos.

Es en este escenario y ante una creciente preocupación de la población en resguardar el bienestar de los animales ¿Qué sucede ante casos en que el vínculo con el animal se vea limitado por una situación de hecho, como lo es la salida del hogar de uno de los cónyuges/convivientes producto del término de la relación sentimental? Desde una perspectiva civil pura y tratándose de un semoviente (como así lo considera la normativa vigente en Chile), el animal le pertenece al propietario y en consecuencia le corresponde su tenencia (sabemos que este es el lenguaje de la legislación actual),

³⁵ Op. cit. SUÁREZ (2017).

y si se trata de copropiedad por ser adquirido el animal en conjunto con la pareja durante la relación ¿Sería posible crear una especie de relación directa y regular con la mascota? La interrogante va más allá de lo patrimonial, y es que pareciera ser que hay un vacío legal en nuestra legislación al respecto. En España ya hay jurisprudencia que apoya la iniciativa parlamentaria estableciendo cuidado compartido de un animal doméstico, siendo inclusive las partes ex parejas de hecho, yendo el juez más allá de la propuesta legislativa. En Chile el sentenciador ha sido recatado al preservar las normas relativas a la percepción de los animales como cosas objeto de derecho. La descosificación es algo cercano sólo para la doctrina moderna, siendo el modelo del parlamento y juzgador español un ejemplo para Chile, pues excede la mirada tradicionalista que en nada refleja el verdadero móvil legislativo: la sociedad.

En un país donde la incorporación de animales a los hogares va creciendo, no pueden quedarse en el olvido estos temas por muy rupturista que le parezca a la doctrina tradicional. El modelo arcaico cosificador de los animales pierde vida día a día aplastado por las exigencias modernas. El problema se presenta ante la evidente lentitud parlamentaria en sacar adelante una ley innovadora. En el caso de Chile, la presión social debe ser tan fuerte que no quede más remedio que agilizar el trámite legislativo. Un vivo ejemplo es la ley que comentamos; tomó casi 8 años para que saliera del parlamento la Ley sobre tenencia responsable, cuya primera moción parlamentaria fue el 2009 ¿Cuál fue el móvil de tal proeza, sino la presión social?

La ley N°21.020 conocida popularmente como ley Cholito, debe su nombre a una historia que causó conmoción a lo largo del país. Un perro de nombre Cholito fue golpeado hasta morir luego de ser cubierto con una frazada en la Galería Cristal, ubicada en la comuna de Recoleta, Santiago de Chile, para luego ser arrojado en un sitio eriazo. Tal acto de brutalidad fue motivado por el hecho que el animal pernoctaba junto a otros en el lugar para resguardarse durante las noches. Otro de los acompañantes caninos de Cholito era Rocky, quien días antes había sufrido el mismo ataque, siendo arrojado igualmente en un sitio eriazo alejado del lugar.³⁶ Tales hechos causaron indignación en la comunidad y movilizaron al país completo; era inaceptable no contar con una Ley que castigara severamente este tipo de conductas. Como ha ocurrido antes, la iniciativa llegó tarde. Pese a ello salió adelante esta Ley y se materializó en lo que conocemos ahora. La norma no está exenta de críticas; el apresurar su aprobación pudo traer peores consecuencias que las que la iniciativa pretende salvar. No hubo un correcto tratamiento de todas las materias exigidas a nivel social, tampoco un avance significativo en la descosificación de los animales. En consecuencia, se trataría de una

³⁶ Diario Constitucional. Chile. Caso Cholito: Juzgado de Garantía de Santiago dicta condenas contra imputados por maltrato animal. [En línea] [Fecha de consulta: 20.05.2020]. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/asuntos-de-interes-publico/2019/10/02/caso-cholito-juzgado-de-garantia-de-santiago-dicta-condenas-contr-imputados-por-maltrato-animal/>.

ley con importantes fallas de la cual, difícilmente, se puede construir un panorama adecuado para el tratamiento de los animales en pleno respeto a sus derechos.

Tampoco se incluyó en la norma el cuidado compartido de animales, ni siquiera bajo la voz tenencia. En Chile no existe actualmente algún precepto que regule de manera expresa la situación del cuidado de los animales frente al conflicto de terminar una relación de pareja, ya sea que exista o no un vínculo matrimonial.

En palabras de CASAS y CAMPOS: "Cada vez son más las parejas que originalmente rechazan la opción de tener hijos y apuestan por los animales de compañía. De hecho, hay parejas que optan por esta alternativa como una suerte de prueba antes de decidir tener hijos en común. Esta realidad es el marco en el que las actuales parejas desarrollan sus relaciones y determinan su modelo de familia. La crisis socio-económica largamente padecida ha implementado esta realidad, acentuándola y propiciando que las personas, opten por unos modelos relacionales que repudian obligaciones familiares que antaño hubieran resultado inconcebibles. Hablamos, esencialmente, de un modelo familiar basado en una pareja constituida por personas jóvenes quienes, habiendo cesado su relación, en la mayoría de casos no tienen mayor vínculo entre ellos que el pago de un alquiler y la tenencia compartida de un animal de compañía"³⁷.

Las opciones que existen hoy en día no descartan el cuidado compartido, no obstante, ello no está contemplado en el ordenamiento. Las partes deben estar de acuerdo en establecer este tipo de régimen a modo de velar por el bienestar del animal. Sin embargo, ante la disputa del cuidado del animal, se puede acudir a las reglas de la copropiedad para dar solución a estos conflictos, en cuyo caso el proceso se vuelve tedioso y complejo. Tomando el ejemplo de fallos extranjeros de Badajoz y Barcelona, es posible que un juez fundamente su decisión de establecer un régimen compartido en virtud de normas de la copropiedad ante el desacuerdo de las partes. Tratándose de un bien mueble, semoviente e indivisible (según la normativa vigente), un remedio eficaz podría ser establecer turnos para el cuidado del animal, compartiendo además los gastos del mismo. Si bien el fundamento de este régimen es el derecho de propiedad, lo que nos aleja del movimiento descosificador, no es difícil darse cuenta que el motivo real es el vínculo afectivo creado con el animal. Así las cosas, se ha planteado por la doctrina moderna la extensión del interés superior del niño al animal,³⁸ lo que no parece tan descabellado si prestamos atención al fundamento que envuelve tal idea. Pensemos que la vulnerabilidad en que se encuentra un niño,

³⁷ CASAS, Laura y CAMPOS, Xavier. Las crisis matrimoniales y los animales de compañía: una aproximación práctica desde el ejercicio de la abogacía. dA Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies). Barcelona, España. 2019. 1(10): 76-83. p.77.

³⁸ Op. cit. SUÁREZ (2017). p.70.

niña y adolescente, quien no es capaz de hacer valer sus derechos por sí mismo en atención a ciertas condiciones, requiriendo necesariamente de alguien que lo represente y vele por su bienestar, es asimilable a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los animales.

Por otro lado, es impracticable abstraer una decisión en torno al mismo sin considerar la naturaleza sintiente del animal. Si bien la legislación es arcaica y el juzgador debe adaptarse a ella, mientras la propia legislación no se adapte a la sociedad actual, la cuestión de fondo innegable es el propio bienestar del animal; ello supera lo patrimonial reconociéndose de manera implícita la mentada trilogía de persona, animal y cosa.

VI EN BÚSQUEDA DE UN REMEDIO

Pese a la carente normativa actual, se deben buscar soluciones a los casos de parejas matrimoniales o de hecho que hayan terminado su relación sentimental y, con ello, la salida del hogar común, dejando en un abismo al animal que convivía con ellos. Estas soluciones deben ser las menos perjudiciales propendiendo a los intereses del grupo familiar y por sobre todo al bienestar del animal, en tanto este es merecedor de un trato que suprima cualquier forma de sufrimiento a lo largo de su vida. Este podría ser el entendido más profundo de la Ley N°21.020 y su aporte más significativo.

Claro está que en el seno de la actual normativa no hay espacio para demasiada sensibilidad legislativa, por lo que una solución rápida es la aplicación de las reglas de la copropiedad. Con ello surgen otras problemáticas que dicen relación con cuestiones formales ¿Qué sucede en aquellos casos donde no es posible determinar con certeza quien es el dueño del animal? ¿Qué ocurre si existe copropiedad? Para estos sucesos trataremos de buscar una solución fuera de la visión tradicional, podríamos sorprendernos con los resquicios de la Ley N°21.020 que sin querer ha abierto un hilo conductor hacia la descosificación de los animales.

1. DESDE LA PERSPECTIVA DE LA COPROPIEDAD

En primer lugar, si entendiéramos que los animales son meras cosas, entonces mal podríamos pensar en que el juez está obligado a entregar una solución que propenda exclusivamente a su bienestar, pues las normas de la copropiedad son claras. Sin embargo, la aplicación stricto sensu de las normas reguladas en nuestro ordenamiento civil a propósito de la Copropiedad son inviables si no se compatibiliza con la ley N°21.020, máxime la protección del animal tiene un sustento jurídico que se debe respetar, quedando obsoletas las normas de Derecho Civil si no es en complemento de esta nueva ley. Así, si las partes quisieran poner término a su dominio compartido, se debe consultar primero si aquello está en armonía con la Ley N°21.020.

Pasaremos a ver las posibilidades de poner término a la comunidad. Primero, la reunión de todas las cuotas correspondientes a los comuneros en uno de ellos; en términos prácticos, uno de los dueños del animal de compañía debe pagar lo correspondiente a su cuota sobre el animal al otro copropietario, ello podría determinarlo un juez a la vista del bienestar del animal cuando fuere necesario. Ahora bien, ¿Realmente es ajeno toda concepción de ser sintiente en esta decisión? No, la propia norma indica que la tenencia responsable, entre otras cosas, conlleva no someter al animal a sufrimiento a lo largo de su vida, si es el propietario formalmente quien debe respetar el precepto, lo lógico sería que quien decida el futuro del animal también deba considerar y respetar este imperativo, esto es, el juzgador. La decisión del juez no podrá verse fundamentada en las normas de la copropiedad cosificadoras del animal doméstico, es ineludible contextualizar su decisión a una categoría distinta a las cosas.

En segundo lugar, descartamos completamente el término de la comunidad por destrucción de la cosa común, pues ese entendido sólo tendría cabida con la muerte del animal, ya sea que el fallecimiento se produzca de manera natural o provocada por ser estrictamente necesaria dado el estado de salud del animal. No nos detendremos en ello por ser objeto interesante para otro estudio.

Finalmente, la división del haber común como termino a la comunidad no es posible por tratarse de un ser indivisible; su fragmento envuelve inmediatamente la muerte del animal, lo que es insostenible.

Luego de esta breve referencia, podemos percatarnos que en todos los casos donde no es posible terminar la comunidad esta debe permanecer. Con este argumento jurídico un juez puede fundamentar su decisión de establecer un régimen de cuidado compartido junto con determinar a prorrata los gastos del animal. Insistimos en que el fallo debe sostenerse siempre en armonía con principios que propendan la protección del animal, por lo que, aún siendo posible el término de la comunidad, sopesa más el bienestar del animal por sobre el propio derecho de dominio, pues al hacerse cargo del cuidado de un animal vienen impuestas obligaciones que el responsable debe cumplir durante toda la vida del ser sintiente. Por tanto, si bien es un acto voluntario aceptar la compañía de un animal, mediante esta manifestación el sujeto se somete de manera libre a las normas que el ordenamiento jurídico ha previsto para la protección de los animales domésticos, no pudiendo exonerarse de las responsabilidades que sobre este recaigan.

2. CONVENCIÓN ENTRE LAS PARTES ¿UNA QUIMERA?

La solución ideal ante esta disyuntiva es el acuerdo entre las partes en decidir a quién le corresponde cuidado del animal, o en subsidio, convenir un régimen de cuidado compartido. Esta es la utopía jurídica donde no se necesita la intervención de un inquisidor para dar solución al conflicto, pues generalmente las parejas no

logran ponerse de acuerdo. A la fecha, existe un sentir de resignación muchas veces amparado en la falta de regulación normativa, carencia de recursos económicos e incluso a razón de evitar lo fastidioso que pudiera resultar el llevar a la justicia este conflicto³⁹. Lo cierto es que la sociedad va evolucionando y debemos estar preparados para que la judicialización de este problema vaya in crescendo. Creemos que nada impide que los responsables de un animal puedan acordar un régimen de cuidado compartido o incluso un régimen comunicacional equiparable al de los NNA. El Derecho de Familia tiene mucho que aportar al Derecho Animal y viceversa, el sentido de pertenencia a la familia que las personas les damos a los animales que viven con nosotros ampara la posibilidad de estos pactos. En modo comparativo, en lo que se refiere al Derecho español vigente, DíEZ-PICAZO ha indicado "Del análisis de la norma contenida en el art. 90 del Código civil, y de las concordantes procesales, así como de los estudios doctrinales y de los pronunciamientos de la jurisprudencia, se ha de concluir necesariamente que los cónyuges están plenamente legitimados para pactar un derecho de visita al animal doméstico dentro del convenio regulador de los efectos de su separación o divorcio. Este pacto no puede considerarse contrario a la ley, a la moral o al orden público familiar, por muy anecdótico que pueda parecer"⁴⁰.

3. LEY N° 21.020

Finalmente, agregar que en el sentido más profundo de la Ley N°21.020 su objetivo es resguardar el bienestar animal. La búsqueda de una solución por parte del juzgador en base a determinar el cuidado compartido del animal o un régimen comunicacional en el momento de la separación de los responsables del mismo, debería incluirse como objetivo de la Ley a fin de evitar futuras controversias que dejen al animal en una situación de desprotección. Ahora bien, ¿Podría fundamentarse una decisión del juzgador en el sentido de ordenar el cuidado compartido o un régimen comunicacional teniendo como fundamento la sintiencia del animal y la proliferación de su bienestar? Si miramos el modelo extranjero, específicamente el fallo de Valladolid del 2019, este no funda su decisión en el Derecho común vigente, sino que lo extrae de criterios internacionales, doctrina moderna e iniciativas parlamentarias. En estos términos, no sería tan descabellado para los jueces nacionales proponer nuevos criterios en sus fallos ampliando su razonamiento más allá de lo taxativo, siempre que se mire el sentido último de la norma.

Pasemos a analizar lo siguiente, el artículo 2° numeral 7 de la Ley N°21.020 define la tenencia responsable de animales como:

³⁹ Op. cit. CASAS y CAMPOS (2019). p.77.

⁴⁰ DíEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Gema. Convenios Reguladores y Animales Domésticos. [en línea][Fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.icab.cat/archivos/242-66348-DOCUMENTO/CONVENIOS_REGULADOR_ES_Y_ANIMALES_DOMESTICOS.pdf?download=1. p. 8.

“El conjunto de obligaciones que contrae una persona cuando decide aceptar y mantener una mascota o animal de compañía, y que consiste, entre otras, en registrarlo ante la autoridad competente cuando corresponda, proporcionarle alimento, albergue y buen trato, brindarle los cuidados veterinarios indispensables para su bienestar y no someterlo a sufrimientos a lo largo de su vida”⁴¹.

Si nos detenemos bien, la parte final del concepto impone al responsable del animal el no someterlo a sufrimiento a lo largo de su vida. En consecuencia, reconoce que el animal puede llegar a sentir o experimentar sufrimiento ¿No es aquello un reconocimiento tácito de que los animales son seres sintientes? Así como los animales pueden experimentar sensaciones negativas como el dolor o sufrimiento, en su vida también crean afectos y pueden experimentar un sentir positivo, como se mencionó al inicio de este trabajo al referirnos al concepto de bienestar animal, pues se trata de seres a quienes se les reconoce su capacidad no sólo de experimentar dolor físico, sino además, sufrimiento, placer y diversión⁴².

En el sentido de la Ley N°21.020 está el reconocer la sintiencia de los animales, pese a que la narrativa de sus preceptos no nos permite ver su verdadero fin. La ley se impulsa a propósito de una situación de maltrato animal, lo que nos lleva a pensar que su sentido es prohibir cualquier acción sobre los mismos como si se tratara de meras cosas. Su fin es otorgar protección a los animales por sobre la que ya tenían. La premura en su publicación trajo consigo desaciertos, de todas formas, lo destacable de esta ley es que deja en evidencia que a la sociedad chilena actual no le es indiferente el destino de los animales, reconociéndose de manera implícita su sintiencia.

Se reconoce que la importancia de los animales radica en que a lo largo de la historia han acompañado al ser humano más allá de la utilidad que pueda prestarle, por el sólo hecho de ser tales ya tienen un valor intrínseco, pues logran crear y sentir afectos con su entorno con independencia de la especie a la que pertenezcan. Vamos avanzando a un destino que no podemos evitar, puede ser que aún el parlamento y parte de la judicatura sea reacia a los cambios y no logren vislumbrar la necesidad en establecer un estatuto jurídico relativo a los animales que lo aparte de su categoría de bien mueble, otorgándoles protección por el sólo hecho de ser tal al igual los seres humanos.

Pese a la rigidez a la que nos enfrentamos, creemos que, las situaciones planteadas irán en aumento con el correr de los años, no quedando más remedio que adaptarse a las nuevas necesidades de la comunidad en general. En palabras de CASAS y CAMPOS:

⁴¹ Ley N°21.020. Chile. (02/08/2017).

⁴² Op. cit. GIMÉNEZ-CANDELA (2018) p. 16.

“También hay quienes, ofendidos, consideran que con éste nuevo proceder en las medidas dirigidas a dirimir las situaciones derivadas de las crisis matrimoniales creen que se está yendo demasiado lejos, equiparando el estatus jurídico del animal de compañía al del hijo, hecho que muchos catalogan como de ‘antinatural’”.⁴³

Otro problema que se evidencia en este estudio es la competencia de los tribunales en esta materia. Por una parte, la Ley N°21.020 le otorga competencia a los Juzgados de Policía Local para resolver cuestiones relacionadas con su vulneración y aplicación. Por otro lado, las normas relativas a la comunidad pertenecen a la jurisdicción civil. Pese a lo anterior, el tema en particular está inmerso en el Derecho de Familia; así, por ejemplo, en una solicitud de divorcio, nulidad e incluso separación judicial se plantea esta problemática ¿Qué tribunal es competente para conocer del asunto? Pareciera ser entonces que es difuso el determinar la competencia de los tribunales a propósito del establecimiento de un régimen de cuidado compartido, pues las normas que convergen en la solución de este problema pertenecen a distintas sedes. No nos detendremos en este asunto, dejando abierto el debate para otros autores.

VII CONCLUSIÓN

En razón de las reflexiones planteadas en los párrafos anteriores, queda de manifiesto la necesidad de modernizar la legislación vigente para que esta se condiga con las necesidades actuales de la comunidad, pues quienes son responsables de un animal doméstico se ven enfrentados a este tipo de situaciones respecto de las cuales la ley no ha dado una solución clara. Las limitaciones económicas, de tiempo o el desconocimiento sobre el tema en cuestión pueden llevar a los agentes a caer en una especie de resignación respecto de sus compañeros de cuatro patas, con quienes han formado un vínculo de afecto recíproco, que en muchos casos debe ser disuelto a causa de los pormenores que presenta la vida en pareja.

En palabras de Laura CASAS y CAMPOS:

“No obstante, las parejas que padecen estos incumplimientos son mucho más permisivas que si de hijos en común se tratara y pocas veces accionan judicialmente contra la parte incumplidora los mecanismos procesales previstos, dado que son muchos los que estiman la desvinculación con el animal de compañía incluso como una situación beneficiosa para el disfrute de la compañía de aquel que ostenta su guarda y custodia”⁴⁴.

⁴³ Op. cit. CASAS Y CAMPOS (2019) p.78.

⁴⁴ Op. cit. CASAS Y CAMPOS (2019). p.77.

Tampoco podemos ignorar que el dejar inconclusa la responsabilidad y consecuente cuidado del animal de compañía puede derivar en vulneración a su esfera de protección, transgrediendo las normas que promueven su bienestar. La interpretación que proponemos de la ley puede resultar un tanto amplia, sin duda quedará al arbitrio del juzgador y su sentido más o menos visionario. Debemos considerar que se trata de temas sensibles para la familia, equiparables inclusive a la relación de los progenitores con los hijos (familias multi-especies), como bien se incorpora en la propuesta española a propósito de la regulación del cuidado compartido del animal luego del quiebre matrimonial, y también como lo ultimó el juzgador en la sentencia de Valladolid de 2019 equiparando el matrimonio con las relaciones de hecho.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- › CASAS, Laura y CAMPOS, Xavier. Las crisis matrimoniales y los animales de compañía: una aproximación práctica desde el ejercicio de la abogacía. *dA Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*. 2019. 1(10): 76-83.
- › CONTRERAS, Carlos. Colombia: animales como seres sintientes protegidos por el Derecho Penal. *dA Derecho Animal. (Forum of Animal Law Studies)*. Marzo 2016. 1(7): 1-21.
- › CORDERO, Eduardo. Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno. *Ius et Praxis*. Talca, Chile. Septiembre 2009. N°2, vol. 15, 11-49. [Fecha de consulta: 20.05.2020]. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000200002.
- › Diario Constitucional. Chile. [En línea: Caso Cholito: Juzgado de Garantía de Santiago dicta condenas contra imputados por maltrato animal]. [Fecha de consulta: 20.05.2020]. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/asuntos-de-interes-publico/2019/10/02/caso-cholito-juzgado-de-garantia-de-santiago-dicta-condenas-contr-imputados-por-maltrato-animal/>.
- › DÍEZ-PICAZO, Gema. Convenios Reguladores y Animales Domésticos. [Fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.icab.cat/archivos/242-66348-DOCUMENTO/CONVENIOS_REGULADOR_ES_Y_ANIMALES_DOMESTICOS.pdf?download=1.
- › DONALSON, Sue y KYMLICKA, Will. De Polis a Zoopolis: una teoría política del Derecho Animal. En: Andreatta, María; Pezzetta, Silvina y Rincón, Eduardo. *Crítica y Animalidad*. Editorial latinoamericana especializada en estudios críticos animales. La Plata, Argentina. 2017. p. 113-140.
- › GIMÉNEZ-CANDELA, Marita. Animales en el Código civil español: una reforma interrumpida. *dA Derecho Animal. (Forum of Animal Law Studies)*. 2019. 2(10): 7-12.

- › GIMÉNEZ-CANDELA, Marita. Descosificación de los animales en el Cc. Español. *dA Derecho Animal. (Forum of Animal Law Studies)*. 2018. 3(9): 7-27.
- › HORTA, Oscar. La cuestión de la personalidad legal más allá de la especie humana. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México. 2011. 34: 55-83.
- › JARDIM, Ana; DISCONZI, Nina; y SILVEIRA, Valdirene. la mascota bajo la perspectiva de la familia multiespecie y su inserción en el ordenamiento jurídico brasileño. *Revista dA Derecho Animal*. 2017. 3(8):1-20.
- › MONTES, Macarena. (2018) La indemnización del daño moral por la pérdida o lesión de un animal de compañía. *Boletín Intercids de Derecho Animal*. [Fecha de consulta: 25 de agosto del 2020]. Disponible en: https://intercids.org/files/BIDA_AOL18-G7_8_Montes_Macarena.pdf
- › OLIVERA, Miryam. La tenencia compartida de un animal doméstico como ser sintiente. Comentario a la sentencia de fecha 27 de mayo de 2019 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Valladolid. Magistrado-juez: D. Luis C. Tejedor Muñoz. *dA Derecho Animal. (Forum of Animal Law Studies)*. 2019. 4(10): 155-158.
- › SUÁREZ, Pablo. Animales, incapaces y familias multi-especies. *Revista Latinoamericana de estudios críticos animales*. 2017. 4(2): 58-84.

NORMATIVA CITADAS

- › Código Civil de la región de Cataluña (2006). Disponible en: <http://civil.udg.edu/normacivil/cat/CCC/ES/L5-2006.htm#t1>
- › Código Civil de la República de Chile, DFL N°1 (30/05/2000). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>.
- › Código Civil de la República de Colombia (2016). Disponible en: <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/LEY%201774%20DEL%206%20DE%20ENERO%20DE%202016.pdf>
- › Código Civil de la República Francesa (2015). Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000030250342>
- › Código Civil del Reino de España (2019). Disponible en: https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?modo=1&id=034_Codigo_Civil_y_legislacion_complementaria.
- › Constitución Política de la Ciudad de México. México (11/01/2017). Reconocen a animales como seres sintientes con derechos en la Ciudad de México. Disponible en: <http://constitucionpoliticacd.mx/reconocen-a-animales-como-seres-sintientes-con-derechos-en-la-ciudad-de-mexico/>

- › Historia de la Ley N°21.020. Chile. (04/05/2018). Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile /BCN.
- › Ley N°177. Francia (16/02/2015). Creó el artículo 515.14 del Código Civil Francés. Disponible en: www.legifrance.gouv.fr
- › Ley N°1774. Colombia. (06/01/2016). Modifica el Código Civil, la Ley 84 de 1989, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones. Disponible en: http://www.proteccionanimalbogota.gov.co/sites/default/files/marco-legal/ley_1774_de_2016.pdf.
- › Ley N°21.020. Chile. (02/08/2017). Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía. Ministerio de Salud. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1106037&buscar=21020.Proposición de Ley>. España. (13.10.2017).
- › Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Congreso de los Diputados.
- › Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 26/10/2012. [Fecha de consulta: 21.05.2020]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT>.

JURISPRUDENCIA CITADA

- › Juzgado de Primera instancia N°2 de Badajoz. Demanda de juicio verbal. (07.10.2010). número 813/2010.
- › Juzgado de Primera instancia N°9 de Barcelona. Demanda de juicio verbal. (14.03.2018). número 420/2017. Juzgado de Primera instancia N°32 de Barcelona. (16.05.2007). Actuaciones 466/07 A2 Procedimiento ordinario.

ADQUISICIÓN DEL PERRO COMUNITARIO EN CHILE *ACQUISITION OF THE COMMUNITY DOG IN CHILE*

PÍA BRAVO BREMER

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

MAGISTER EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO PÚBLICO DE LA UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

PIBRAVOBREMER@GMAIL.COM

Resumen: Este trabajo se centra en analizar la novedosa figura del perro comunitario, introducida por la Ley N°21.020 y su Reglamento. Dicho análisis está enfocado en la adquisición del can sin dueño y su posterior adopción, de acuerdo a las regulación mencionada. En virtud de ello, se aborda brevemente la discusión sobre el estatus jurídico de estos animales en Chile para, posteriormente, desarrollar los conceptos de perro comunitario y ocupación como modo de adquirir. Finalmente, se proponen las vías de adquirir un perro comunitario en Chile, abordando el caso especial de los centros de rescate, y la relación entre la adquisición del perro comunitario y la adopción animal.

Palabras Clave: Perro comunitario, cosa mueble, ocupación, Código Civil, Ley sobre Tenencia Responsable de Mascotas .

Abstract: This paper analyzes the novel figure of the community dog, introduced by law N°21.020 and its regulation. The proposed analysis is focused on the acquisition of the dog without owner and its subsequent adoption, according to the aforementioned rules. By virtue of this, the discussion on the legal status of these animals in Chile is briefly addressed, in order to develop the concepts of community dog and occupation as a way of acquiring. Finally, the ways of acquiring a community dog in Chile are proposed, addressing the special case of rescue centers, and the relation between the community dog and animal adoption.

Keywords: Community dog, movable property, occupation, Civil Code, Responsible Pet Ownership Law.



INTRODUCCIÓN

El perro representa uno de los animales más inmersos en el diario vivir de la sociedad chilena. De acuerdo con un microestudio desarrollado por la empresa GfK, el 52% de los hogares tiene a perros como mascota¹. Además, existen estimaciones que señalan que la población canina en Chile se encuentra entre los 2,6 y 3 millones de perros². Por esta razón, tiene sentido que la Ley N°21.020 sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía (en adelante, Ley sobre Tenencia Responsable de Mascotas, Ley sobre Tenencia Responsable o, simplemente, la Ley)³ se refiera en múltiples ocasiones a conceptos relacionados con esta especie.

La Ley introdujo un largo catálogo de conceptos que ordenan a los caninos en diferentes categorías, tales como “mascotas” o “animales de compañía”, “animal abandonado”, “perro callejero”, “animal potencialmente peligroso” y “perro comunitario”. En dicha línea, uno de los conceptos que llama más la atención es la novedosa figura del “perro comunitario”. Su introducción en el ordenamiento jurídico chileno evoca de inmediato las siguientes interrogantes: ¿en qué consiste este concepto? ¿cómo interactúa esta nueva figura con la legislación civil vigente? También, resulta interesante analizar qué modo de adquirir resulta aplicable al perro comunitario, cuáles son las consecuencias de su introducción en el ordenamiento jurídico chileno, y cómo todo lo anterior se relaciona con la nueva institución de la adopción animal, presente en el Reglamento sobre Tenencia Responsable de Mascotas.

Analizar la adquisición del perro comunitario implica el estudio de dos cuestiones principales: la figura del perro comunitario propiamente tal y el modo de adquirir aplicable a la misma. En este trabajo, se ha decidido comenzar presentando brevemente el contexto que envuelve a la introducción de esta figura en la ley chilena, con el fin de dar cuenta de una situación cada vez más recurrente, a saber, el reconocimiento jurídico de los animales como seres sintientes, diferentes al resto de los denominados bienes muebles.

-
- 1 GfK. Microestudio GfK: Los chilenos y sus mascotas [en línea] [fecha de consulta: 29-10-19]. Disponible en: <https://www.gfk.com/es-cl/insights/press-release/mascotas-en-chile/>.
 - 2 SOTO, Alejandra. *Análisis de un problema público no abordado. El caso de los perros vagabundos y callejeros en Chile* [en línea]. Tesis para optar al grado de Magister en Gestión y Políticas Públicas. Universidad de Chile (Santiago, Chile), 2013. [Fecha de consulta: 12-06-19]. p. 2. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113119/cf-soto_ap.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
 - 3 Ley N°21.020. Chile. (02.08.2017), sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía.

Para cumplir con los propósitos antedichos, en la primera parte de este trabajo se revisará el marco global bajo el que se introduce la figura del perro comunitario, el cual se caracteriza por la polarizada discusión sobre el tratamiento de los animales no humanos como bienes muebles y el otorgamiento de un estatus especial a los mismos. En la segunda parte, se desarrollará el concepto de perro comunitario y sus características, lo cual es importante conocer para tratar la parte tres. Esta última, abordará la cuestión de la adquisición del perro comunitario, concentrándose en el estudio de la ocupación como modo de adquirir aplicable. Se revisarán las vías de ocupación existentes para tal efecto.

Desde ya, es importante señalar que este trabajo plantea que la ocupación representa el único modo bajo el cual puede adquirirse al perro comunitario. Se postulará en la parte tercera que este modo de adquirir puede operar bajo dos modalidades: mediante vía directa, entre adquirente y animal, o mediante vía indirecta, entre adquirente, intermediario (o interviniente) y animal. En este último caso, será intermediario(a) aquella persona (o conjunto de personas), natural o jurídica, que participe en el proceso de adquisición del perro comunitario, por el modo de adquirir ocupación. Se planteará que pueden existir dos tipos de intermediarios: los intermediarios de primer tipo, los cuales alimentan y brindan cuidados básicos al animal, manteniéndolos libres en la vía pública; y los intermediarios de segundo tipo, los cuales realizarían las mismas funciones, pero extrayendo al animal de las calles y reubicándolo dentro de un recinto de acceso restringido

Dentro de la dinámica propuesta, se presenta una interrogante de suma relevancia: ¿es necesario que el intermediario adquiera el dominio del perro comunitario por ocupación, previamente a facilitar que este sea adquirido por un tercero? La respuesta a esta pregunta dependerá de múltiples factores, entre los que se encuentran: el cumplimiento de los requisitos de la ocupación, qué tipo de interviniente participa de este proceso, las prerrogativas del intermediario respecto del nuevo adquirente, y el nivel de acceso que tendría el nuevo adquirente de ocupar (o adquirir por ocupación) al animal sin el consentimiento del intermediario. Esto será analizado en la sección denominada "vías de ocupación de un perro comunitario", de la tercera parte.

Finalmente, se analizará la relación entre la adquisición del perro comunitario y la nueva institución de la adopción animal. Al respecto, se sostendrá que la adopción animal se traduce en la adquisición del dominio de éste, con algunas características especiales. De esta forma, la adopción del perro comunitario podrá homologarse a su adquisición por el modo de adquirir ocupación, siendo aplicables sus mismos requisitos. Asimismo, se tendrán en consideración las leyes sobre tenencia responsable que lo comenzarán a amparar, el eventual elemento afectivo involucrado en la relación mascota-adoptante y el reconocimiento tácito del animal como un sujeto susceptible de ser adoptado. En la última parte, se presentarán las conclusiones.



ESTATUS JURÍDICO Y RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LOS ANIMALES NO HUMANOS

Antes de comenzar a examinar la adquisición del perro comunitario, se hace necesario revisar, brevemente, bajo qué estatus se encuentra este animal canino dentro de la legislación referida a los animales no humanos en Chile. El propósito de esta revisión es dotar de contexto a la incorporación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico. La creación del concepto de perro comunitario se enmarca dentro de un debate instaurado a nivel global, cuyas bases se expondrán a continuación. Tener presente dicho debate resulta esencial para entender por qué se plantea, por la Ley sobre Tenencia Responsable, que los animales (específicamente, las mascotas o animales de compañía⁴), que históricamente en Chile han sido tratados jurídicamente como meras cosas, hoy son seres sujetos al amparo de un estatuto especial de protección.

Como primera cuestión, es importante señalar que, en los últimos años, se ha planteado con más fuerza la pregunta acerca del estatus de los animales en los ordenamientos jurídicos del mundo. Lo anterior, a raíz de la creciente tensión existente entre el tratamiento de los animales no humanos como cosas (régimen patrimonial) y la paulatina configuración de ciertos deberes para con ellos, relativos al adecuado respeto y protección a su integridad física y psíquica⁵. En dicho sentido, la emergente rama del Derecho Animal se ha dedicado a tratar esta tensión, ofreciendo posibles soluciones jurídicas a esta y otras aparentes contradicciones normativas⁶.

En Chile, los animales siguen siendo calificados jurídicamente como bienes muebles semovientes (artículo 567 del Código Civil). No obstante, en algunas legislaciones de derecho comparado, se ha optado por reconocer la sintiencia⁷ de estos seres, para

-
- 4 Definidas en el artículo 2 N°1 de la Ley sobre Tenencia Responsable como “aquellos animales domésticos, cualquiera sea su especie, que sean mantenidos por las personas para fines de compañía o seguridad. Se excluyen aquellos animales cuya tenencia se encuentre regulada por leyes especiales”. En el mismo sentido, se definen en el artículo 1 p) del Decreto 1.007 de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Reglamento de la Ley de Tenencia Responsable.
 - 5 En Chile, dicha tensión se agudiza en el caso de las mascotas y animales de compañía, los cuales son sujetos de especial protección, de acuerdo con la Ley sobre Tenencia Responsable de Mascotas, aunque estos se mantienen como cosas muebles bajo la normativa civil. Si bien, el delito de maltrato animal, presente en los artículos 291 bis y 291 ter del Código Penal, rige respecto de todos los animales no humanos, la Ley sobre Tenencia Responsable solo lo hace, en principio, respecto de las mascotas y animales de compañía, los cuales deben cumplir con ciertas características para calificar como tales (no obstante, pueden pertenecer a cualquier especie).
 - 6 Para más información acerca de la incipiente área del Derecho Animal, ver: CHIBLE, María José. Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho. *Revista Ius et Praxis*. Talca, Chile. 2016. 2(22):373-414. También revisar: CHIBLE, María José y GALLEGO, Javier (eds.). *Derecho Animal Teoría y Práctica*. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 2018. p. 466.
 - 7 Entendida como la capacidad de cualquier animal de sentir dolor y placer a través de sus sentidos.

efectos de diferenciarlos de las cosas muebles inanimadas, que no sienten dolor ni placer⁸. En otras, se ha optado por negar tajantemente su estatus jurídico de cosa, estableciendo, como salvedad, que estos se rigen por las normas que aplican a las cosas⁹. Incluso, en algunas legislaciones del mundo, se ha plasmado constitucionalmente la protección de los animales no humanos, en virtud de la dignidad propia de cualquier ser vivo¹⁰, por deberes de compasión existentes¹¹ o, simplemente, para eliminar la crueldad ejercida contra estos seres¹², entre otros motivos¹³.

-
- 8 En dicha línea: artículo 515 y 5-14 del Código Civil de Francia (2015), artículo 655 del Código Civil de Colombia (2016) y artículo 201 B del Código Civil de la República Portuguesa (1966). Información extraída de: GAL. Global Animal Law Project [en línea] [fecha de consulta: 15-11-19]. Disponible en: <https://www.globalanimallaw.org/database/national/index.html>.
- 9 En dicha línea: artículo 287 del Código Civil de Moldavia (2002), artículo 135.3 del Código Civil de la República de Azerbaiyán (2000), artículo 90 a) del Código Civil de Alemania (BGB) (2002), artículo 641 a) del Código Civil de Suiza (2019), artículo 285 a) del Código Civil de Austria (2019), artículo 2 a) del Libro III del Código Civil de los Países Bajos (2015), artículo 494 del Código Civil de República Checa (2012), artículo 898.1 del Código Civil de Quebec (2015) y artículo 511-1(3) del Código Civil de Cataluña (2006). De estos últimos, solo la normativa de República Checa y Quebec reconoce la sintiencia de los animales no humanos, junto con negar su estatus de cosa. Información extraída de: GAL. Global Animal Law Project [en línea] [fecha de consulta: 15.11.19]. Disponible en: <https://www.globalanimallaw.org/database/national/index.html>.
- 10 El artículo 120.2 de la Constitución Federal de la Confederación Suiza (2018) señala: "La Confederación deberá legislar sobre el uso de material genético y reproductivo de animales, plantas y otros organismos. Al hacerlo, deberá tener en cuenta la dignidad de los seres vivos, así como la seguridad de los seres humanos, los animales y el medio ambiente, y deberá proteger la diversidad genética de especies de animales y plantas" (traducción). En: Código Civil de la Confederación Suiza (2019). Disponible en: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html> [fecha de consulta: 23-10-19]. Información extraída de: GAL. Global Animal Law Project [en línea] [fecha de consulta: 15-11-19]. Disponible en: <https://www.globalanimallaw.org/database/national/index.html>.
- 11 El artículo 51 A de la Constitución de la República de India (1950) señala: "Será deber de todos los ciudadanos de la India: g) proteger y mejorar el medio ambiente natural incluyendo bosques, lagos, ríos y vida salvaje, y tener compasión por las criaturas vivientes" (traducción). En: Constitución de la República de India (1950). [en línea] Disponible en: https://www.india.gov.in/sites/upload_files/npi/files/coi_part_full.pdf [fecha de consulta: 15.11.19]. Información extraída de: GAL. Global Animal Law Project [en línea] [fecha de consulta: 15.11.19]. Disponible en: <https://www.globalanimallaw.org/database/national/index.html>.
- 12 En dicha línea: artículo 27.5 de la Constitución de la ciudad de Buenos Aires (1996), artículo 225, párrafo 1, parte VII de la Constitución de la República Federativa de Brasil (2010) y artículo 45 de la Constitución de la República Árabe de Egipto (2014), entre otros. Información extraída de: GAL. Global Animal Law Project [en línea] [fecha de consulta: 15-11-19]. Disponible en: <https://www.globalanimallaw.org/database/national/index.html>.
- 13 Ver también artículo 10, sección 21 de la Constitución del Estado de Florida (2018) y artículo 20 a) de la Ley Básica de la República Federal de Alemania (2019). Información extraída de: GAL. Global Animal Law Project [en línea] [fecha de consulta: 15-11-19]. Disponible en: <https://www.globalanimallaw.org/database/national/index.html>.

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico no se ha optado por ninguna de las opciones expuestas, sí existe jurisprudencia que ha decidido reconocer la sintiencia de los animales no humanos. Así, en sentencia de Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N°1705-2006, se señala que: “quien presta un servicio profesional para cumplir un procedimiento invasivo y doloroso para el animal, que “seguramente reaccionará en forma violenta ante el dolor que debe soportar”, es quien efectúa el procedimiento veterinario, y no la dueña, que es ajena a ellos”¹⁴. De esta forma, se ha reconocido por un tribunal superior de justicia chileno que los animales, siendo jurídicamente “cosas muebles”, son capaces de sentir dolor. Lo anterior evidencia un ánimo de tratar a los animales en correspondencia con su realidad (como seres vivos sintientes), evitando simplemente referirse a ellos como cosas que pueden desplazarse por sí mismas¹⁵.

Los animales siguen siendo calificados como cosas en nuestro ordenamiento jurídico. Eso significa que rigen sobre ellos las normas de transferencia patrimonial presentes en el Código Civil. Los animales, al ser bienes muebles, pueden o no tener dueño. Si tienen dueño, su derecho real de dominio permitirá al propietario usar, gozar y disponer de ellos. Ahora, es importante establecer que tanto el uso como el goce del animal, estará limitado a las acciones u omisiones que no causen daño, dolor o sufrimiento al animal, de forma injustificada. Los comportamientos que excedan ese margen deberán ser sancionados, al constituir una conducta delictiva tipificada en los artículos 291 bis y ter del Código Penal como delito de maltrato animal. De igual modo, es necesario aclarar que este delito ampara tanto a los animales con dueño, como a los animales sin dueño, sin distinción de especie.

¹⁴ Para contextualizar cita, este caso se inicia por una querrela infraccional y demanda civil de indemnización de perjuicios por daños ocasionados por un ternero que se escapó de sus tenedores, mientras estaba siendo castrado y, en la huida, llegó hasta la carretera y generó un accidente con el vehículo del querellante y demandante civil. Así, la Corte se refiere al sufrimiento del animal durante el operativo de castración para hacer énfasis en los cuidados y preparación que debe tener el profesional experto encargado del operativo, al momento de castrar. Ver en: Corte de Apelaciones de Temuco. Parada con Sanhuesa. Recurso de Apelación. (17-06-2008). Rol N°1705-2006. Disponible en: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> [fecha de consulta: 11-06-19]. Información extraída de: MONTES FRANCESCHINI, Macarena. *Derecho Animal en Chile*. (1ª edición), Santiago, Chile. Editorial Libromar, 2018. p. 99-109.

¹⁵ Igualmente, en sentencia pronunciada por Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso en causa Rol N°491-2015, se establece que los animales son sujetos de cuidado. Revisar en: Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sociedad Protectora de Cocheros de Viña del Mar y Dueños de Coches Victoria con Ilustre Municipalidad de Viña del Mar. Recurso de Protección. (02-04-2015). Rol N°491-2015. Disponible en: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> [fecha de consulta: 11-06-19]. La información presentada ha sido extraída de: MONTES I, Macarena. *Derecho Animal en Chile*. (1ª edición), Santiago, Chile. Editorial Libromar, 2018. p. 99-109.

En paralelo a las normas patrimoniales del Código Civil que regulan a los animales como bienes muebles, y a las normas penales que prohíben el maltrato animal, la Ley sobre Tenencia Responsable de Mascotas introduce una serie de reglas, con el objetivo de proteger la salud y el bienestar de ciertos animales (artículo 1 de la Ley)¹⁶. Por ejemplo, el artículo 10 de este cuerpo normativo establece múltiples obligaciones para el dueño o poseedor de un animal de compañía, tales como la correcta identificación del animal, su inscripción en el registro respectivo, su alimentación y el manejo sanitario de la mascota o animal de compañía.

El conjunto de normas contenidas en la Ley sobre Tenencia Responsable y su Reglamento¹⁷, impone a los dueños o poseedores de mascotas o animales de compañía un régimen que promueve su adecuado mantenimiento. Este estatuto especial de protección, el cual se encuentra aparentemente limitado a las mascotas o animales de compañía, busca promover la tenencia responsable de mascotas en nuestro país¹⁸. Entonces, ¿cómo se relacionan las categorías que establece la Ley sobre Tenencia Responsable de Mascotas y su respectivo Reglamento, con las categorías civiles ya consagradas y las normas penales sobre maltrato animal? Pareciera que estos cuerpos normativos operan en vías paralelas. De esta forma, un animal no humano se registrará siempre por las normas civiles, al ser calificado jurídicamente como bien mueble. Como se expuso previamente, una de las características que podría diferenciar el estatus jurídico de los animales del resto de los bienes muebles, además de ser calificados como semovientes, es que el derecho de uso y goce que recae sobre ellos se encuentra limitado a las acciones u omisiones que no constituyan maltrato animal, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 291 bis y 291 ter del Código Penal.

16 Entre otros fines, los cuales se encuentran establecidos en el mismo artículo 1° de la Ley sobre Tenencia Responsable de Mascotas.

17 Denominado "Reglamento que establece la forma y condiciones en que se aplicarán las normas sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía y determina las normas que permitirán calificar a ciertos especímenes caninos como potencialmente peligrosos". En adelante, Reglamento sobre Tenencia Responsable o Reglamento.

18 Por su parte, el concepto de tenencia responsable de mascotas es definido como el "conjunto de obligaciones que contrae una persona cuando decide aceptar y mantener una mascota o animal de compañía, y que consiste, entre otras, en registrarlo ante la autoridad competente cuando corresponda, proporcionarle alimento, albergue y buen trato, brindarle los cuidados veterinarios indispensables para su bienestar y no someterlo a sufrimientos a lo largo de su vida". Definición contenida en el artículo 2 N° 7 inciso 1° de la Ley sobre Tenencia Responsable de Mascotas. El inciso segundo agrega que: "la tenencia responsable comprende también el respeto a las normas de salud y seguridad pública que sean aplicables, así como a las reglas sobre responsabilidad a que están sujetas las personas que incurran en infracción de ellas, y la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para evitar que la mascota o animal de compañía cause daños a la persona o propiedad de otro". En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 1 y) del Reglamento.

Por otra parte, cabe decir que el estatuto jurídico de derecho público que instaura la Ley sobre Tenencia Responsable de Mascotas, también interviene, de alguna forma, en el ejercicio del derecho real de uso y goce que se tiene sobre aquellos animales domésticos mantenidos por las personas para fines de compañía o seguridad. Respecto a ellos, la Ley establece una serie de obligaciones para dueños o poseedores, tales como brindarles alimento, buen trato, albergue y cuidados veterinarios. Dicho conjunto de obligaciones podría interpretarse como: 1) una limitación al derecho de utilizar y usufructuar del bien mueble mascota, ya que impone ciertas condiciones de uso y goce; o 2) un conjunto de estándares de mantenimiento del bien mueble categorizado como mascota o animal de compañía, probablemente, a raíz del consagrado interés público consistente en velar por el bienestar de estos seres, y de otorgarles un tratamiento, de alguna manera, acorde con el de un ser vivo sintiente. Sea cual sea el caso, el incumplimiento de estas obligaciones recaerá en una infracción, la que deberá ser sancionada de acuerdo a las disposiciones de los artículos 28 a 31 de la Ley, sin perjuicio de que dicho acto u omisión pueda incurrir en una conducta tipificada como maltrato animal, como podría ser el acto de no alimentar al animal, o mantenerlo en malas condiciones de salud, sin atención veterinaria.

En resumen, en Chile los animales se rigen, en el plano general, por las normas patrimoniales que regulan a los bienes muebles. También, en un plano general (ya que no se excluyen especies), los animales no humanos se encuentran protegidos de daños, dolor o sufrimientos injustificados, mediante la tipificación del delito de maltrato animal. Por otra parte, en un plano especial, dentro de las múltiples categorías de animales que pueden existir en la ley¹⁹, se encuentra la categoría de mascota o animal de compañía, la cual cumple la función de dotar de compañía y/o seguridad a sus dueños o poseedores, igualmente, sin distinción de especie. Estos tres planos u órdenes jurídicos convergen cuando, por ejemplo, una mascota es dejada en condiciones de hacinamiento, por su dueño. Dicho acto, de generar algún daño o sufrimiento innecesario al animal, constituiría un delito penado por ley.

Por su parte, el “perro comunitario”, efectivamente, corresponde a una figura introducida en la Ley sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía. Resulta pertinente afirmar que este animal representa jurídicamente una cosa mueble semoviente, la cual, a su vez, pertenece al gran conjunto de animales cuyo bienestar se encuentra amparado por las normas penales contra maltrato animal. No obstante, no es claro si dicha figura califica como “mascota o animal de compañía”, al ser definido por la Ley como un animal sin dueño que es alimentado

¹⁹ Como, por ejemplo, las categorías de animales domésticos, domesticados y bravíos presentes en el artículo 608 del Código Civil.

y cuidado por la comunidad²⁰. La relevancia de determinar lo anterior reside en que dicha nomenclatura permite a los animales que clasifican en su categoría ampararse bajo las normas sobre tenencia responsable, nivel más alto de protección²¹.

La cuestión acerca del estatus del perro comunitario dentro de la Ley N°21.020 y de la aplicabilidad de las normas de tenencia responsable sobre este, representa una problemática que mantiene múltiples aristas por resolver. En atención a la extensión y propósitos de este trabajo, dicha discusión no será tratada con detención en esta oportunidad. Pese a ello, sí será abordada brevemente, al tratar el tema principal de este trabajo, el cual es: la adquisición del perro comunitario.

El primer paso para tratar el propósito antedicho, es sentar las bases de los conceptos con los que se trabajará. Por consiguiente, a continuación, se analizará la definición legal de perro comunitario y se desarrollarán con detención sus características elementales. Antes de comenzar, cabe señalar que, parte de la información que se propondrá, ha sido elaborada con la finalidad de dotar de contenido a un concepto que no ha sido extensamente desarrollado en nuestra legislación, como lo es la figura del perro comunitario. Se espera que el análisis en torno a esta figura contribuya a brindar mayor relevancia a la urgente necesidad de dotar de una mejor protección normativa a la misma, y a todos los animales sin dueño que se encuentran en su situación.

²⁰ Es necesario precisar que la Ley y el Reglamento no se refieren al término cuidar, sino que al de “entregar cuidados básicos”. Esta definición se encuentra contenida en el artículo 2.4 de la Ley y en el artículo 1 u) del Reglamento. Su contenido será tratado con detención en la parte II de este trabajo.

²¹ Las normas sobre tenencia responsable representan el nivel más alto de protección al que pueden aspirar los animales no humanos dentro de la Ley sobre Tenencia Responsable, en virtud de que estas normas establecen obligaciones para las personas que deciden aceptar y mantener una mascota o animal de compañía. Entre estas obligaciones se encuentran: proporcionarle alimento, albergue y buen trato, registrarlo ante la autoridad competente, brindarle los cuidados veterinarios indispensables para su bienestar y no someterlo a sufrimientos a lo largo de su vida (artículo 2 N°7 de la Ley y artículo 1 y) de su Reglamento.



EL PERRO COMUNITARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

1. CONCEPTO DE PERRO COMUNITARIO

La introducción de la figura del perro comunitario en nuestra legislación materializa jurídicamente una situación de hecho que es común observar en las calles de nuestro país²². Los caninos sin dueño, que son cuidados por grupos de personas anónimas (las cuales no están obligadas por ley a realizar dicha labor), se encuentran en una constante situación de vulnerabilidad. Por esta razón, este trabajo se ha centrado en determinar en qué consiste este concepto y establecer cómo opera en la práctica su adquisición e interacción con instituciones civiles ya consagradas. Bajo dicho contexto, es viable establecer, preliminarmente, que el perro comunitario representa jurídicamente una cosa mueble semoviente, la cual se encuentra contenida, como figura autónoma, en la Ley sobre Tenencia Responsable de Mascotas y su Reglamento. Al regirse por las normas que regulan a las cosas, resulta posible que el dominio del perro comunitario pueda ser adquirido por las vías que establece la ley para esta categoría.

El perro comunitario es definido en el artículo 2 N°4 de la Ley sobre Tenencia Responsable como aquel “perro que no tiene dueño en particular pero que la comunidad alimenta y le entrega cuidados básicos”²³. Al hablar de perro, la Ley se está refiriendo al animal perteneciente a la especie *canis lupus familiaris*²⁴, por lo que, en principio, esta figura no se hace extensiva a otras especies.

Como es posible apreciar de la definición, la comunidad como agente representa un elemento esencial para configurar a la figura del perro comunitario. No obstante, la Ley no determina qué se entiende por comunidad ni quiénes forman parte de ella. Sobre ello, CHIBLE señala:

“la definición de perro comunitario es vaga, sin enmarcar al animal, por ejemplo, en un espacio territorial determinado—elemento de suyo de la esencia de la calificación— ni tampoco definir qué ha de entenderse por comunidad. Más aún, no regula el estatus de la comunidad, la naturaleza del vínculo existente entre

²² De acuerdo con el diario La Tercera, el Registro de Mascotas ya cuenta con 214 perros comunitarios inscritos (al día 14 de febrero de 2019). Ver en: LA TERCERA. (14.02.2019). Registro de mascotas ya suma 214 perros “comunitarios” [en línea] Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/registro-mascotas-ya-suma-214-perros-comunitarios/529619/> [fecha de consulta: 03.11.19].

²³ En los mismos términos, es definido en el artículo 1 u) del Reglamento.

²⁴ El artículo 1 i) del Reglamento define a la especie canina como “aquellos animales que pertenecen a la especie canina, el perro doméstico o can (*canis lupus familiaris*)”.

ella y el animal, ni las obligaciones que emanarían para la comunidad a cargo²⁵".

En efecto, ni la Ley sobre Tenencia Responsable ni su Reglamento se refieren al término comunidad, para efectos de complementar la definición de perro comunitario. Esta ausencia de claridad respecto al alcance del término comunidad hace que, en la práctica, se dificulte la determinación misma del concepto de perro comunitario, al estar normativamente vinculado a este²⁶.

No obstante lo anterior, la breve definición que nos entrega la Ley y su regulación en el Reglamento resultan suficientes para dotar de contenido al concepto de perro comunitario, y caracterizarlo de acuerdo a los aspectos que se exponen a continuación.

2. CARACTERÍSTICAS DEL PERRO COMUNITARIO

De acuerdo con la definición presentada y lo dispuesto en la Ley sobre Tenencia Responsable de Mascotas y su Reglamento, el perro comunitario tiene las siguientes características:

- i) Es un animal perteneciente a la especie *canis lupus familiaris*
- ii) Es un animal sin dueño
- iii) La comunidad lo alimenta y le brinda cuidados básicos²⁷
- iv) El método de control poblacional que le es aplicable se encuentra regulado
- v) Su lugar de asentamiento debe encontrarse sujeto a monitoreo y registro por parte de las municipalidades
- vi) Se rige por las normas generales del Código Civil aplicables a los animales

²⁵ CHIBLE, María José. Animales de Compañía en Chile: Estatus y Regulación, p. 252. En: CHIBLE, María José y GALLEGU, Javier (eds.). *Derecho Animal Teoría y Práctica*. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 2018. p. 466.

²⁶ Para más información acerca de la historia de la Ley N°21.020 sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía, ver: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N°21.020 [en línea] [fecha de consulta: 23-10-19]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/6387/>.

²⁷ La Ley sobre Tenencia Responsable de Mascotas no establece qué se entiende por alimentar o brindar cuidados básicos. Lo anterior, tampoco lo hace su Reglamento. Esto genera un problema a la hora de determinar qué actividades pueden considerarse como tales, lo que nuevamente dificulta la individualización de un can como comunitario.

En cuanto a (iv), cabe decir brevemente que el artículo 39 del Reglamento de la Ley sobre Tenencia Responsable²⁸ establece que el método de control poblacional al que se encuentra sujeto el perro comunitario, es el denominado método TNR²⁹ o de control de nicho. Este método es definido en el artículo 1 r) del Reglamento de la siguiente forma:

“Método de manejo poblacional orientado al control de nichos, principalmente de colonias de gatos sin tenedor responsable, pudiéndose aplicar también a poblaciones caninas de perros sin tenedor responsable o comunitarios. Tal como su sigla en inglés lo indica, consiste en atrapar o retener a un animal, esterilizarlo y vacunarlo, para luego devolverlo al lugar de origen, una vez que se encuentre en condiciones para ello; incluyendo un monitoreo de seguimiento de ese grupo de individuos”.

Por otra parte, respecto a (v), es importante señalar que el mismo artículo 39 del Reglamento establece que las municipalidades deben identificar las zonas o sectores con presencia de perros comunitarios y llevar un registro al efecto. A lo anterior debe agregarse el deber de las municipalidades de realizar los esfuerzos necesarios para la adecuada implementación del método TNR, pudiendo celebrar convenios o contratos con entidades de protección animal, que cuenten con competencias técnicas y experiencia en la materia³⁰.

Finalmente, en relación con (vi), es necesario señalar que no existe norma especial que modifique el estatus del perro comunitario ante el Derecho Civil. Por esta razón, este se mantiene jurídicamente bajo la clasificación de bien mueble semoviente. Asimismo, sigue rigiéndose por las normas que regulan el intercambio de este tipo de bienes, las cuales se encuentran contenidas en el Código Civil.

Habiendo establecido que la figura del perro comunitario se rige, basalmente, por las normas civiles que regulan a las cosas, es posible abordar las siguientes preguntas: ¿cómo se adquiere un perro comunitario? ¿cuál es el modo de adquirir aplicable a su respecto? y ¿cuáles son algunas de las problemáticas que suscitan su introducción en el ordenamiento jurídico chileno, en relación a la adquisición de este tipo de seres denominados bienes?

²⁸ El Artículo 39 del Reglamento se encuentra contenido en el párrafo 3°, denominado “Del control poblacional de perros comunitarios y colonias de gatos” perteneciente al Título VI del mismo.

²⁹ La sigla TNR significa *trap-neuter-return* o “atrapa-neutraliza-retorna”, de acuerdo con el Artículo 1 r) del Reglamento.

³⁰ Artículo 39 del Reglamento de la Ley sobre Tenencia Responsable.

IV ADQUISICIÓN DEL PERRO COMUNITARIO

1. LA OCUPACIÓN COMO MODO DE ADQUIRIR APLICABLE AL PERRO COMUNITARIO

Para comenzar, cabe recordar que en nuestro ordenamiento jurídico existen múltiples modos de adquirir el dominio. En el caso de la tradición³¹, modo más común de adquisición, es necesario que exista un título que lo anteceda³². La tradición como modo de adquirir aplica, sin problemas, al caso de los animales que pasan de un dueño a otro³³. No obstante, este modo no resulta aplicable a la figura del perro comunitario, al no contar esta con un dueño que transfiera su dominio al patrimonio de otra persona. Por consiguiente, ¿cómo se adquiere el dominio de un perro comunitario?

Desde ya, es esencial establecer que el dominio del perro comunitario se adquiere por ocupación, siendo este el único modo de adquirir aplicable a su respecto, en virtud de que se establece por ley que es un animal que no tiene dueño. Además, a diferencia de los demás modos de adquirir contenidos en nuestra legislación, la ocupación es el único modo que requiere, como requisito esencial, que la cosa a adquirir no tenga dueño (artículo 606 del Código Civil). Teniendo presente que el perro comunitario mantendrá dicha calidad siempre que se encuentre sin dueño, y considerando que la ocupación es definida por ley como el modo de adquirir el dominio de las cosas “que no pertenecen a nadie”³⁴, es posible llegar a la conclusión de que el perro comunitario deberá ser adquirido únicamente por este modo.

Para que el derecho real de dominio de un perro comunitario, o de cualquier animal sin dueño, sea adquirido por el modo de adquirir ocupación, es necesario que este cumpla con una serie de elementos esenciales. De esta forma, de acuerdo a BARCÍA, los requisitos del modo de adquirir ocupación son:

- i) Se debe tratar de una cosa sin dueño que no pertenece a nadie
- ii) La adquisición de la cosa no debe estar prohibida por las leyes chilenas o el Derecho Internacional

³¹ El artículo 670 del Código Civil define a la tradición como: “un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo”.

³² Artículo 675 del Código Civil.

³³ Alessandri, Somarriva y Vodanovic señalan que la tradición es un acto de atribución patrimonial o “un acto que desplaza un derecho del patrimonio de una persona al patrimonio de otra”. En: ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVICH, Antonio. *Tratado de Los Derechos Reales, Tomo I*. (6ª edición). Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 193.

³⁴ Artículo 606 del Código Civil.

- iii) La cosa debe aprehenderse materialmente
- iv) Debe existir la intención de adquirir el dominio por parte del titular³⁵

1.1 Se debe tratar de una cosa sin dueño que no pertenece a nadie

En relación al primer requisito, es importante señalar que, efectivamente, el perro comunitario corresponde a un animal sin dueño, por ley. Sin embargo, también es relevante establecer que existen varias hipótesis bajo las cuales un animal como el perro comunitario puede encontrarse sin dueño. De esta manera, es posible plantear que un perro comunitario puede: 1) nunca haber tenido dueño; y 2) haber tenido dueño y que este lo haya abandonado. En la primera hipótesis, estaremos ante la denominada *res nullius*. En la segunda, se tratará de *res derelictae*³⁶.

En dicha línea, existen múltiples hipótesis bajo las cuales un animal puede haber sido abandonado. La primera es que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 624 inciso tercero del Código Civil, el dueño se haya querido desprender de su dominio dejando voluntariamente al animal fuera de sus dependencias, “como las monedas que se arrojan para que las haga suyas el primer ocupante”³⁷. La segunda, es aquella en la cual puede que no exista la voluntad del dueño de desprenderse de su dominio. No obstante, al permitir que el animal se encuentre sin la supervisión de la persona responsable o que deambule libremente por la vía pública, la Ley entiende que, igualmente, el animal se encontrará abandonado, debido a la negligencia de su dueño. Esto aplica también para el caso del animal dejado en desamparo dentro de propiedad privada, sin cumplir su dueño con las obligaciones referidas a una adecuada tenencia responsable, y para el animal mantenido en un centro de rescate por más de veinte días corridos.

De esta forma, la Ley sobre Tenencia Responsable establece que un animal se entenderá abandonado cuando “se encuentre sin la vigilancia de la persona responsable de él”, cuando se encuentre deambulando suelto por la vía pública, o cuando “hubiese sido dejado en situación de desamparo en una propiedad privada” (artículo 2.2 de

³⁵ BARCIA, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil Chileno, Tomo IV, De Los Bienes*. (1ª edición). Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2008. p. 94-95.

³⁶ Al respecto, Barcía Lehmann señala que las *res nullius* “son las cosas que jamás han tenido dueño, como las cosas que arroja el mar y que no presentan dominio ajeno; por ejemplo, las conchas (artículo 624.2° del Código Civil) y los animales bravíos (artículo 608 del Código Civil)”. Asimismo, son cosas *res derelictae* aquellas “que han tenido dueño, pero han sido abandonadas por este”. Citas extraídas de: Op. cit. BARCIA (2008). p. 94. También ver: Op. cit. ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVICH (2005). p. 143-144.

³⁷ Artículo 624 del Código Civil.

la Ley). Por su parte, el artículo 66 del Reglamento señala que se entenderá como abandonada, aquella mascota o animal de compañía que no haya sido retirada de un centro de rescate, dentro del plazo de veinte días corridos desde su ingreso.

Asimismo, resulta importante precisar la diferencia entre animales que están abandonados (no tienen dueño) y animales que se encuentran perdidos (tienen dueño). Si bien, en los hechos, puede que estos dos tipos de especímenes se confundan, jurídicamente, corresponden a dos clases de bienes totalmente distintas. Al respecto, ATRIA señala que:

“Afirmar que una cosa está perdida es afirmar positivamente que la cosa tiene dueño, porque que una cosa esté perdida significa tiene dueño, pero nadie tiene su posesión. Como tiene dueño, nadie puede hacerse dueño de ella por ocupación. Pero el hallador no puede determinar si se trata o no de una cosa perdida, porque aunque el hecho de que la cosa carezca de poseedor puede significar que está perdida, también puede significar que carece de dueño. En este segundo caso será *res derelicta* o *res nullius*, y sería posible, en principio, adquirir el dominio sobre ella por ocupación³⁸”

La situación del hallador que plantea el autor es muy importante, ya que da cuenta de un fenómeno recurrente. Al momento de enfrentarnos a un animal deambulando solo por la vía pública, como el perro comunitario, es difícil determinar si éste se encuentra abandonado en los términos del Código Civil, si en realidad tiene un dueño que lo deja pasear por el barrio libremente³⁹, si no tiene y nunca ha tenido dueño, o si está perdido⁴⁰. A raíz de ello, la Ley incorporó una solución a este problema: la obligación del dueño o poseedor de identificar a la mascota o animal de compañía con un dispositivo permanente e indeleble, externo o interno, que contenga el

³⁸ ATRIA, Fernando. Sobre el título en la posesión, las cosas al parecer perdidas y la ocupación. En: SCHOPF, Adrián y MARÍN, Juan Carlos (eds.). *Lo Público y lo Privado en el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters. 2017. 1206 p., p. 870.

³⁹ El artículo 2.3 de la Ley sobre Tenencia Responsable califica a los perros en esta situación como perros callejeros. En efecto, define al perro callejero como “aquel cuyo dueño no hace una tenencia responsable y es mantenido en el espacio público durante todo el día o gran parte de él sin control directo”. Si bien esta es una figura especial, en estricto rigor, también califica como animal abandonado, al encontrarse deambulando suelto por la vía pública sin la supervisión de una persona responsable.

⁴⁰ De acuerdo a Fernando Atria, una cosa perdida es aquella cosa que no tiene poseedor, pero tiene dueño. Señala, además: “esta noción tiene dos condiciones, una negativa y otra positiva. La condición negativa es visible para el hallador, que puede determinar, al encontrar la cosa, si ésta tiene o no poseedor. La condición positiva, por el contrario, es invisible para el hallador, quien no estará normalmente en condición de determinar si la cosa carece de poseedor porque no tiene dueño, o a pesar de que tiene dueño. Por consiguiente, lo que diferencia el concepto de cosa perdida del concepto de cosa al parecer perdida habrá de ser la condición positiva”. En: Op. cit. ATRIA (2017) p. 886.

número de registro del animal en el Registro Nacional de Mascotas, pudiendo este ser un microchip subcutáneo⁴¹. De esta manera, en caso de hallazgo de una mascota presuntamente perdida o abandonada que contara con microchip, el hallador podrá dirigirse a la municipalidad respectiva para dar lectura al mismo, y así identificar a quién pertenece o pertenecía el animal⁴². No obstante, dicha obligación no resulta aplicable al perro comunitario, en virtud de que este carece de propietario, y la comunidad que lo alimenta y le entrega cuidados básicos no se encuentra obligada por ley a realizar dicha identificación.

Sea *res nullius* o *res derelictae*, es primordial que el perro comunitario no tenga propietario para calificar dentro de esta categoría. Si el perro comunitario corresponde a una mascota abandonada⁴³, regirán sobre él, de todas formas, las normas sobre el hallazgo de mascotas previstas en el Reglamento, con el fin de identificar a su antiguo dueño y sancionarlo de acuerdo a la Ley.

1.2 La cosa debe aprehenderse materialmente

El perro comunitario debe ser aprehendido materialmente para que pueda ser adquirido por el modo ocupación. Esto quiere decir, que no basta que exista la mera intención de adquirir el dominio del animal si, en los hechos, este se mantiene circulando libremente por las calles. Debe existir algún tipo de aprehensión física, para que pueda concretarse la adquisición del derecho real de dominio que recae sobre esta figura.

Al respecto, la doctrina señala que existen varios tipos de aprehensión. ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC señalan que la aprehensión de los bienes muebles puede ser real o presunta⁴⁴. Que la aprehensión sea real quiere decir que esta debe ser material, física y efectiva, como la naranja madura que se cosecha del árbol. La aprehensión presunta, por su parte, será aquella en la que "el individuo ejecuta actos que ponen de manifiesto su intención de adquirir la cosa, como el que buscando un tesoro, lo pone a la vista"⁴⁵.

⁴¹ Artículo 10 de la Ley sobre Tenencia Responsable, en relación con artículo 6 del Reglamento.

⁴² El hallazgo de mascotas y animales de compañía presuntamente perdidos o abandonados se encuentra regulado en los artículos 63 a 67 del Reglamento. En atención a su tenor especial, estas normas pasarían a regir por sobre el artículo 629 del Código Civil, el cual trata el hallazgo de bienes muebles al parecer perdidos.

⁴³ Es decir, que fue originalmente un animal con dueño, mantenido por las personas para fines de compañía o seguridad, pero que ahora se encuentra dentro de las hipótesis de abandono que establece la Ley.

⁴⁴ En el mismo sentido: Op. cit., BARCIA (2008). p. 95.

⁴⁵ Op. cit. ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVICH (2005) p. 145.

En el caso de los animales no humanos, puede decirse que existe aprehensión real o material, no solo al tomar al animal físicamente, sino que, al realizar acciones representativas de aprehensión física, como la utilización de collar y correa para el mejor control del animal, o la reubicación de este, dentro de propiedad privada (lo cual implica que se generó previamente la aprehensión física necesaria para trasladar al animal a dicho lugar).

En suma, para que un perro comunitario pueda ser adquirido, se hace necesario que exista algún tipo de aprehensión física que permita controlar al animal, para reubicarlo en su nuevo hogar⁴⁶. Así, la aprehensión material concreta del perro comunitario resultará demostrable, al constatar el traslado del animal, de vivir en las calles, a residir dentro de propiedad privada, con un dueño que se preocupe de su cuidado.

1.3 Debe existir la intención de adquirir el dominio por parte del titular

Ahora, teniendo presentes los propósitos de este trabajo, el requisito cuarto de la ocupación, consistente en la intención de adquirir el dominio, también resulta relevante para analizar posteriormente la adquisición del perro comunitario. Este requisito genera una situación especial para el caso de los centros de rescate, refugios y familias temporales de mascotas, los cuales socorren animales no humanos de las calles para, posteriormente, darlos en adopción. Estas instituciones, muchas veces, no tienen la intención de hacerse dueñas de los animales que rescatan. No obstante, los aprehenden materialmente para cumplir con el objetivo de rescatarlos de las calles.

Dicha aprehensión material, sin la intención de hacerse dueño, no podría implicar la adquisición del dominio por ocupación, a raíz de lo anteriormente expuesto. Esto significa que, aunque la comunidad alimente y cuide por años a un perro comunitario, e incluso llegue a aprehenderlo materialmente, si no existe la intención de alguno de sus miembros de hacerse dueño del animal, no operaría nunca el modo de adquirir ocupación, y el canino seguiría teniendo el estatus jurídico de *res nullius* o *res derelicta*. Esto genera, por un lado, una serie de problemáticas en relación a la disponibilidad que tiene el animal de ser adoptado por un tercero.

Adicionalmente, el mantenimiento del perro comunitario bajo el estatus de animal sin dueño, lo posiciona en una constante situación de vulnerabilidad, en comparación al estatus de una mascota o animal de compañía. Por esta razón, a continuación, se analizarán con detención las vías bajo las cuales puede ocuparse un perro comunitario,

⁴⁶ Alessandri, Somarriva y Vodanovic señalan que el elemento aprehensión material o de hecho no puede faltar en el modo de adquirir ocupación, porque “todo modo de adquirir es un hecho, al cual la ley atribuye la virtud de realizar la adquisición de dominio, y como es este el hecho material al que la ley atribuye tal efecto, es lógico que, si falta, no hay modo de adquirir”. En: Op. cit., ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVICH (2005). p. 145.

abordando las dificultades que se suscitan a su respecto, y se ofrecerán posibles alternativas de solución que beneficien tanto al animal como a la comunidad misma.

2. VÍAS DE OCUPACIÓN DE UN PERRO COMUNITARIO

Habiendo establecido que el perro comunitario es definido por ley como un animal sin dueño que es alimentado y cuidado por la comunidad, y cuyo único modo de adquirir aplicable es el de la ocupación, corresponde analizar las formas o vías en que un can comunitario puede ser adquirido por este modo.

Es importante sostener que este trabajo plantea que la adquisición del perro comunitario, a través del modo de adquirir ocupación, podría hacerse, al menos, de dos maneras. Una primera forma sería mediante vía directa: entre ocupante (o adquirente) y ocupado (o adquirido), siendo la figura del perro comunitario el bien mueble ocupado, y el nuevo propietario, el ocupante de esta. Esta podría ser la vía más común de ocupación, al no existir intermediarios. El caso típico de esta situación, ocurre cuando una persona recoge de la calle a un animal sin dueño para adoptarlo como animal de compañía.

Una segunda vía para adquirir al perro comunitario mediante ocupación, sería la vía indirecta, es decir, entre adquirente, intermediario y adquirido. Para efectos de este estudio, será intermediario aquella persona (o conjunto de personas), jurídica o natural, que participe en el proceso de adquisición del perro comunitario mediante ocupación. En este punto, cabe precisar que pueden existir dos tipos de intermediarios o intervinientes. El primero correspondería a aquella persona (o conjunto de personas), jurídica o natural, que alimenta y le entrega cuidados básicos al canino, pero que permite que este deambule suelto por la vía pública, disponible para ser ocupado por cualquier individuo, en cualquier momento.

El segundo tipo de intermediario correspondería a aquella persona (o conjunto de personas) jurídica o natural, que rescata al canino de las calles, de forma temporal, para ubicarlo en un refugio u otro lugar donde pueda cobijarse, brindándole, además, una adecuada alimentación y cuidados básicos. En este segundo caso, el animal es retirado de la vía pública y llevado a un lugar, de propiedad pública o privada, en el que este puede desenvolverse dentro de un espacio delimitado y controlado. Este es el caso, por ejemplo, de los "centros de rescate", los cuales son definidos como "aquellos lugares, recintos o establecimientos dotados del espacio y la infraestructura apropiada, con uno o más administradores responsables, de carácter público o privado, sin fines de lucro, creados para acoger de forma temporal a determinadas mascotas o animales de compañía, de acuerdo a una estrategia o sistema de funcionamiento

aprobado por un médico veterinario” (artículo 1 c) del Reglamento)⁴⁷. Otro ejemplo de intermediario de segundo tipo serían los denominados “hogares temporales”, los cuales son lugares puestos a disposición por particulares, para brindar refugio y alimentación a los animales sin dueño, mientras estos se encuentran en proceso de transición para ser adquiridos, o adoptados.

Cabe preguntarse en esta etapa, si la participación del interviniente en el proceso de adquisición del perro comunitario, le hace perder la calidad de comunitario a este canino. Teniendo en cuenta que el concepto de comunidad, en relación al perro comunitario, es un concepto abstracto no especificado por Ley, es viable sostener que este debe interpretarse de la forma más amplia posible, es decir, como un conjunto de personas pertenecientes a la especie humana, sin precisión de sexo, nacionalidad, lugar de asentamiento u otra característica⁴⁸. También, incluso, el actuar de la comunidad podría plasmarse mediante el actuar de uno de sus miembros, no siendo necesario que dos o más personas intervengan en una misma labor.

Considerando que estas son meras conjeturas de un concepto indeterminado por Ley, podría sostenerse que, en el caso de los intervinientes de primer tipo, la comunidad como agente abstracto seguiría cumpliendo su función de alimentar y cuidar al canino sin dueño, lo cual implicaría que este mantuviera su estatus de perro comunitario. En el caso de los intervinientes de segundo tipo, los cuales extraen de las calles al animal canino para brindarle los cuidados necesarios dentro de un refugio cerrado⁴⁹, estos podrían constituir parte de la comunidad si se interpreta dicho concepto en el sentido más amplio posible. Al mantenerse como miembros de la comunidad abstracta, que brindan cuidados básicos y alimentación al animal, y al no adquirir su derecho real de dominio, permitirían que el can bajo su cuidado mantuviera su estatus de comunitario.

En suma, sea cual sea la persona o institución que cumpla con la misión de otorgar alimento y/o refugio a los canes sin dueño, lo importante es que estos cumplirán, adicionalmente,

⁴⁷ Igualmente, artículo 28 del Reglamento señala que: “los centros de rescate tendrán como una de sus principales funciones la reubicación de las mascotas o animales de compañía a su cargo, mediante las formas que estimen convenientes, procurando en todo momento que quienes asuman la tenencia responsable de la mascota o animal de compañía, sean las personas adecuadas para proporcionar condiciones de bienestar de acuerdo a la especie y características de la mascota o animal de compañía reubicado”.

⁴⁸ Por lo demás, las definiciones que presenta la Real Academia de la Lengua Española respecto del término comunidad, son coincidentes con este concepto material de comunidad, al señalar que corresponde a: “cualidad de común” o “conjunto de personas vinculadas por características o intereses comunes”, entre otros. Definiciones disponibles en: Real Academia Española de la Lengua. Diccionario de la Real Academia Española [en línea] [fecha de consulta: 14-02-20]. Disponible en: www.rae.es.

⁴⁹ Pudiendo ser una casa particular, un canil municipal u otro tipo de recinto.

con el rol de intermediarios en el proceso de adquisición del perro comunitario, a través del modo de adquirir ocupación. El problema ahora se centra en determinar si estos agentes adquieren o no el dominio del perro comunitario, previamente a permitir que este sea adquirido por un tercero. Cabe recordar que el elemento esencial de un centro de rescate o de cualquier otro interviniente de segundo tipo, es que la tenencia del animal pretende ser temporal, mientras se está en la búsqueda de un dueño. Entonces, la encrucijada que se busca resolver es la siguiente: ¿resulta necesario que el interviniente se haga dueño previamente del perro comunitario, para poder facilitar la adquisición del dominio de este por parte de un tercero?

En el caso de los intermediarios de primer tipo como, por ejemplo, un conjunto de vecinos, es posible sostener que estos no se encuentran en una situación necesariamente conflictiva, ya que ejercen la función de alimentar y, de alguna forma, mantener en buenas condiciones al bien mueble perro comunitario, permitiendo en todo momento que el animal pueda ser ocupado por alguna persona, al consentir que este can sin dueño deambule libremente por la vía pública. Lo anterior no haría necesario que estos intervinientes adquirieran el dominio del perro comunitario mediante ocupación, ya que un tercero podría aprehender fácilmente al animal y adquirirlo, sin requerir necesariamente que uno de estos intervinientes apruebe dicho acto.

Una situación diferente es la del segundo tipo de intervinientes, los cuales realizarían la labor de sacar a estos animales de la vía pública para reubicarlos en recintos privados, mientras se encuentran a la espera de una persona que desee adquirirlos, o adoptarlos. En esta última situación, los animales ya no se encuentran disponibles para que cualquier individuo los adquiera, al no tener acceso a deambular libremente por la calle. Al contrario, por lo general, estos animales se encuentran refugiados dentro de propiedad privada e, incluso, pareciera que el proceso de adquisición del animal se encuentra sujeto al control de este interviniente.

Entonces, respecto a la pregunta de si los intervinientes de segundo tipo debiesen adquirir el dominio de los perros comunitarios que rescatan, previo a permitir que sean adquiridos por un tercero, es posible tomar inicialmente dos posturas. La primera es afirmar que ello no sería necesario, ya que el interviniente no cumpliría con la labor de transferir el dominio del perro comunitario, sino que con la de intermediar su adquisición por el modo ocupación, mientras cumple también la función de mantener en buenas condiciones a este bien mueble sin dueño que es cuidado y mantenido por la comunidad. Teniendo eso presente, el interviniente de segundo tipo sería una especie de mero tenedor, al reconocer en su fuero interno que tiene en su poder a un animal del que no es dueño, pese a que tampoco reconocería el dominio de este en manos de otra persona⁵⁰. No obstante, este planteamiento hace emerger

⁵⁰ Ver artículo 714 del Código Civil.

un par de interrogantes: ¿qué ocurre con la persona que desea adquirir el dominio del animal que es mantenido por el interviniente de segundo tipo? ¿puede hacerlo sin su autorización? La respuesta lógica pareciera ser que no, ya que dicho animal se encontraría, de alguna manera, bajo la custodia de esta persona o entidad, dentro de propiedad privada. Pese a ello, su extracción no consentida no podría calificar como una especie de hurto o robo, ya que dicho animal no pertenecería al patrimonio de ninguna persona⁵¹. Entonces, la respuesta a la pregunta anterior debiese ser: el tercero que desee adquirir al can contra la voluntad del interviniente de segundo tipo no podría hacerlo, pero debiese poder, ya que el bien mueble no tendría dueño.

Ante ello, podría plantearse una segunda postura: el interviniente de segundo tipo debiese adquirir por ocupación la propiedad del perro comunitario, ya que la aprehensión material de este y su reubicación en un recinto privado no permitirían la adquisición libre del animal por parte de un tercero. Lo anterior, en virtud de que: 1°) el tercero adquirente no tendría libre acceso al lugar en que se encontraría refugiado el animal, lo que no permitiría cumplir con el mencionado requisito tercero de la ocupación, correspondiente a la aprehensión material de la cosa; y 2°) el interviniente de segundo tipo podría poner trabas a la adquisición, si considera que el tercero no es apto para adquirir al animal, u otro motivo. Este último punto no correspondería a un aspecto negativo, sino que, al contrario, es muy bueno que un agente como este vele por el bienestar del animal que será prontamente adquirido. El problema de esta situación es que, si se mantiene la postura de que el interviniente de segundo tipo no adquiere el dominio del animal, este no tendría ningún derecho, civilmente hablando, que respalde su decisión de no permitir que el dominio del animal pase a manos de un tercero, debido a que, en la práctica, este corresponde a un animal sin dueño. De esta manera, adoptar la presente interpretación permitiría que el interviniente de segundo grado pueda legítimamente negarse a que otra persona adquiriera al animal, al adjudicarse el derecho de disponer libremente del can. También, al hacerse dueño del perro comunitario, tendría el resguardo jurídico de que ninguna persona podría despojarlo de su dominio, sin su consentimiento. Adicionalmente, al pasar a tener dueño, el perro comunitario pasaría a adquirir el estatus de mascota o animal de compañía, quedando resguardado por las reglas sobre tenencia responsable, lo cual es tremendamente positivo para el bienestar del canino. Con ello, el dueño se obliga a cumplir con todos los deberes que le impone la Ley sobre Tenencia Responsable de Mascotas. Finalmente, no está de más decir que, desde que el perro comunitario es adquirido por el intermediario, este pierde su calidad de comunitario, al pasar a tener un dueño. En consecuencia, una vez adquirido el can por ocupación, ya no podrá ser adquirido nuevamente por este modo en una próxima transferencia de dominio, ya que contaría con un propietario⁵².

⁵¹ Ver artículo 432 del Código Penal.

⁵² A menos que su propietario se desprenda de su dominio abandonado al animal. En ese caso, el animal pasaría a no tener dueño y podría, nuevamente, ser adquirido por ocupación.

Teniendo presente lo antedicho, la segunda postura presentaría una dificultad: ¿es posible presumir la intención de adquirir al perro comunitario por ocupación, a partir del mero acto de aprehensión material característico de los intervinientes de segundo tipo? ¿Cómo se identifica la intencionalidad de adquisición por ocupación? En este punto, nos encontramos nuevamente ante una cuestión indeterminada jurídicamente. No obstante, esta podría ser resuelta aplicando los principios de la lógica y las máximas de la experiencia al analizar el caso en particular. Los resultados de dicho ejercicio podrían servir para establecer si puede o no presumirse la intencionalidad de adquisición del animal. De no existir antecedentes que den cuenta de lo anterior, no debiera presumirse, sin más, el elemento volitivo de la ocupación. Por ende, a falta de tal requisito, corresponde determinar que el animal canino no ha sido adquirido por el interviniente, aunque ello conlleve igualmente otras dificultades, sobre todo, en relación al vulnerable estatus del animal no humano inserto en dichas circunstancias.

3. CASO ESPECIAL DE LOS CENTROS DE RESCATE

La Ley sobre Tenencia Responsable establece una situación especial: el caso de los centros de rescate. Primero, es importante señalar que estos centros pertenecen al grupo de los centros de mantención temporal de mascotas o animales de compañía. En efecto, artículo 2.8 de la Ley define a los centros de mantención temporal de mascotas o animales de compañía como:

“aquellos lugares en los que, a cualquier título, se mantienen animales de manera no permanente, ya sea para tratamiento, hospedaje, adiestramiento, comercialización, exhibición o custodia, tales como criaderos de animales de compañía, hoteles para animales, hospitales, clínicas y consultas veterinarias, establecimientos destinados a la investigación y docencia sobre animales, centros de adiestramiento, centros de exposición, centros de venta de animales, albergues y centros de rescate”.

Los centros de mantención temporal de mascotas o animales de compañía tienen la obligación de llevar un registro con los datos de cada uno de los animales que ingresen y egresen del recinto temporal (artículo 23 de la Ley)⁵³. Pese a ello, la Ley no señala bajo qué título se realizaría dicho ingreso en el centro de rescate. Sumado a esto, el artículo 28 del Reglamento señala que:

⁵³ Se establece que los centros de rescate deberán “mantener condiciones de bienestar animal, higiénicas y sanitarias adecuadas al tipo y cantidad de animales que albergue, para asegurar la salud pública, el bienestar de la comunidad, de los animales y la sanidad del ambiente. Para ello deberá contar con el apoyo profesional adecuado” (artículo 23 de la Ley). Finalmente, el artículo señala lo siguiente: “Respecto de las condiciones de bienestar de los animales y de seguridad de las personas, estos recintos deberán, entre otras obligaciones, contar con espacios suficientes para cubrir las necesidades fisiológicas y etológicas de los animales y proveerles alimento y agua en cantidades necesarias. Asimismo, deberán contar con un número suficiente de caniles, jaulas y corrales, según sea el caso. Éstos deberán tener una superficie que permita el movimiento de los animales y evite su sufrimiento”.

“los centros de rescate tendrán como una de sus principales funciones la reubicación de las mascotas o animales de compañía a su cargo, mediante las formas que estimen convenientes, procurando en todo momento que quienes asuman la tenencia responsable de la mascota o animal de compañía, sean las personas adecuadas para proporcionar condiciones de bienestar de acuerdo a la especie y características de la mascota o animal de compañía reubicado”.

La situación especial de los centros de rescate se funda en lo siguiente: tal como señala el artículo precedente, los centros de rescate⁵⁴, están facultados para negar la adquisición del dominio del animal a aquellas personas que no le puedan proporcionar condiciones de bienestar, mediante una adecuada tenencia responsable. ¿Bajo qué título puede respaldarse una decisión como aquella, si no es por el derecho real de dominio que se tiene sobre el animal que se encuentra en el centro de rescate? El vacío y las vicisitudes que se generan entre el estatuto de derecho público estudiado y las normas civiles que rigen sobre los animales, resultan difíciles de sortear.

Una alternativa a la solución expuesta, sería considerar que la Ley sobre Tenencia Responsable y su Reglamento establece un estatuto especial dirigido a estos centros de rescate, el cual dejaría en segundo plano las normas patrimoniales del Código Civil. De esta forma serían los centros de rescate, y solo estos organismos, los que estarían facultados para mantener en sus dependencias a animales sin dueño⁵⁵, y a negar la adquisición de ellos por parte de alguna persona, si consideran que esta no puede brindarle una tenencia responsable al animal. En contraposición, estos centros se obligan a proveer alimento al animal y un albergue con condiciones higiénicas y sanitarias adecuadas, que permita el movimiento de este, evitando su sufrimiento (artículo 23 de la Ley). También, el centro de rescate se obliga a entregar al animal desparasitado, vacunado y esterilizado, una vez que este haya encontrado un dueño que lo adopte (artículo 27 del Reglamento), entre otros deberes.

A raíz de lo anterior, y en virtud de que el derecho público permite que solo se pueda hacer aquello que establece la ley, las disposiciones mencionadas solo podrían ser aplicables a los centros de rescate registrados correctamente como tales, y no a aquellas personas u organizaciones que no cumplan con sus requisitos, aunque realicen las mismas funciones que desempeña un centro de este tipo⁵⁶.

⁵⁴ Los cuales pueden ser públicos o privados. Revisar artículo 28 del Reglamento.

⁵⁵ Estos animales podrían calificarse como perros comunitarios, si pertenecen a la especie *canis lupus familiaris* y se interpreta al centro de rescate como un miembro del concepto abstracto de comunidad, el cual alimenta y le entrega cuidados básicos al animal, en virtud de las obligaciones que establece la Ley y su Reglamento.

⁵⁶ Los dueños o administradores de los centros de mantención temporal de mascotas o animales de compañía, deben inscribirse en el Registro Nacional de Centros de Mantención Temporal de Mascotas o Animales de Compañía, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley. Ver también, artículo 59 f) del Reglamento.

Empero, cabe decir que en este punto podría integrarse una modificación legal que protegiera la pretensión de otros intervinientes (no propietarios) de velar por el bienestar del animal que vaya a ser adoptado. Para ello, y tal como lo indica CHIBLE⁵⁷, primero se hace necesario que se determine qué se entiende por comunidad al hablar de perro comunitario, y que se establezca quiénes forman parte de ella. Igualmente, debiera, posiblemente, elaborarse un registro de comunidades similar a los establecidos en la Ley, con el fin de identificar quiénes son las personas responsables de alimentar y brindar cuidados básicos al can comunitario. Con dicho registro, también vendrían responsabilidades, tales como responder civilmente por los daños provocados por el canino, y velar por el correcto manejo sanitario e higiénico de las calles en donde se desenvuelva este animal⁵⁸. También, debiera establecerse la obligación de esterilizar al animal, brindarle cuidados veterinarios, un refugio comunitario, de ser necesario, y el deber de tratarlo de acuerdo a los estándares de una tenencia responsable de mascotas, aunque, en la práctica, pueda no serlo. Finalmente, debiera facultarse a la comunidad para velar por que el nuevo adquirente del perro comunitario pueda proporcionarle las condiciones de bienestar adecuadas a sus necesidades y características, tal como se encuentran habilitados los centros de rescate. Dichas medidas ayudarían enormemente a eliminar los vacíos que se suscitan en relación a esta figura.

En suma, se ha planteado que el perro comunitario puede ser adquirido por ocupación mediante dos vías: la vía directa y la vía indirecta. En este último tipo, participan los denominados intermediarios, quienes corresponden a aquellas personas o conjunto de personas, naturales o jurídicas, que intervienen en el proceso de adquisición del perro comunitario a través del modo de adquirir ocupación, pudiendo subdividirse en

⁵⁷ CHIBLE, María José. Animales de Compañía en Chile: Estatus y Regulación, p. 252. En: CHIBLE, María José y GALLEGU, Javier (eds.). Derecho Animal Teoría y Práctica. Santiago, Chile. Thomson Reuters.2018. 466 p.

⁵⁸ En cuanto a la responsabilidad civil que emanaría de los eventuales daños provocados por el perro comunitario, actualmente esta no podría ser adjudicada a la comunidad, en virtud de que la Ley sobre Tenencia Responsable establece expresamente que serán responsables de las mascotas o animales de compañía su dueño o poseedor y, solidariamente, su mero tenedor (artículo 10 de la Ley sobre Tenencia Responsable). En este punto, si bien se ha entendido a la comunidad como un concepto indeterminado, no se ajustaría de todas formas al perfil de "dueña o poseedora" del perro comunitario, al establecer la misma legislación que este canino corresponde estrictamente a un animal sin dueño. Pese a ello, resulta interesante que la regulación del perro comunitario haya sido configurada de esta forma. Al afirmar que esta figura no tiene dueño, pareciera que automáticamente la comunidad queda protegida de eventuales responsabilidades emanadas de daños producidos por el perro comunitario. Esta situación se transformaría en una especie de incentivo para que las personas, en un acto de compasión hacia los animales, alimenten y cuiden sin tapujos a estos perros sin hogar. Para más información acerca del nuevo régimen de responsabilidad civil incorporado por la Ley sobre Tenencia Responsable, ver: CORRAL, Hernán. 'Responderá como fiador': una nueva forma de responsabilidad civil en la 'Ley Cholito' [en línea] [fecha de última consulta: 23-10-19]. Disponible en: <https://corraltalciani.wordpress.com/2017/08/20/respondera-como-fiador-una-nueva-forma-de-responsabilidad-civil-en-la-ley-cholito/>; y CORRAL, Hernán. Ley 'Cholito' y responsabilidad civil por daños causados por animales. [en línea] [fecha de última consulta: 23-10-19]. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/08/21/Ley-Cholito-y-responsabilidad-civil-por-danos-causados-por-animales.aspx>.

dos categorías: intermediarios de primer y segundo tipo. Respecto a los intermediarios de segundo tipo, se plantea la disyuntiva referida a si es posible presumir que estos adquieren el dominio del animal que han aprehendido materialmente, por este mero acto. La respuesta a esta pregunta puede variar, dependiendo de los antecedentes de hecho del caso específico y de los principios que se utilicen para colmar el vacío legal referido a la forma de identificar el requisito de intencionalidad de la ocupación. Pese a ello, sí es posible establecer que los centros de rescate, subgrupo perteneciente a la categoría de intermediarios de segundo tipo, serían los únicos entes que, sin hacerse necesariamente dueños⁵⁹, estarían facultados por ley para negarse a la adquisición del perro comunitario aprehendido materialmente, por parte de un tercero.

En el caso del interviniente de primer tipo, que permite que el animal deambule libremente por las calles, brindándole alimentación y cuidados básicos, si bien este no impediría materialmente que un tercero pueda acceder al animal para adquirirlo por ocupación, sí podría intervenir, negándose a que dicho tercero aprehenda al animal, por desconfianza o por velar por el bienestar de este, entre muchas otras razones. Dicha negativa tampoco estaría amparada por las normas civiles. No obstante, podrían implementarse una serie de reformas legales para dotar de contenido al concepto de comunidad en torno al perro comunitario y, así, regularizar su situación. Dicha regularización serviría para proteger las pretensiones de este tipo de intervinientes, en relación al animal que voluntariamente se encargan de alimentar y cuidar.

Tal como se mencionó previamente, el perro comunitario actualmente se encuentra dentro de la categoría jurídica de cosa mueble. La adquisición de esta figura permite que el animal pase del estatus de perro comunitario, al de animal con dueño, independientemente de la vía de ocupación que opere en la práctica. No obstante, también es importante señalar que el acto de adquisición del perro comunitario tiene una segunda connotación de suma relevancia, si se le agrega la intención de adquirir al animal para fines de compañía o seguridad. En dicho caso, el acto de adquisición del animal se traducirá en el acto de adopción de este, cambiando de estatus al de mascota o animal de compañía.

De esta manera, es posible entrever que el concepto de adopción animal, introducido en el Reglamento sobre Tenencia Responsable, se relaciona directamente con la adquisición del dominio de los animales que son adquiridos para fines de compañía o seguridad, independientemente de su especie. Por ello, cabe preguntarse: ¿en qué consiste este concepto? ¿cuáles son sus características? Finalmente, resulta necesario abordar cómo interactúa esta institución con el régimen patrimonial previsto en las normas civiles, y cuáles son los requisitos de la adopción, en relación a la figura del perro comunitario. A continuación, se desarrollarán con detención las preguntas propuestas.

⁵⁹ Entendiendo que, finalmente, la adquisición del dominio en el caso del modo de adquirir ocupación, dependerá esencialmente de la existencia o inexistencia del elemento "intención de adquirir el dominio".

4. RELACIÓN ENTRE ADQUISICIÓN DEL PERRO COMUNITARIO Y ADOPCIÓN ANIMAL

En el plano jurídico-normativo chileno, la adopción animal representa un concepto inexplorado. Sabemos que es de uso común la utilización del término adopción para referirnos al acto de acoger a un animal como mascota⁶⁰. No obstante, jurídicamente, la adopción es una institución que formalmente aplica, por el momento, solamente respecto de las personas (es decir, seres humanos) menores de 18 años⁶¹. Por esta razón, llama la atención que el Reglamento que rige a la Ley sobre Tenencia Responsable se refiera a los “contratos de adopción animal”, como un prerrequisito para su reubicación desde un centro de rescate municipal, sin indicar qué se entiende por adopción animal. En efecto, el artículo 28 inciso cuarto del Reglamento establece:

“El funcionario responsable, al momento de la entrega de la mascota o animal de compañía, deberá proporcionar al adquirente una copia de la ficha clínica, con indicación del número de registro y datos asociados a éste. A su vez, la persona que recibe a la mascota o animal de compañía deberá firmar un contrato de adopción animal con su individualización y sus condiciones, las que incluirán causales de resolución del contrato en caso de incumplimiento, y un protocolo de seguimiento y apoyo a los nuevos tenedores responsables”.

Desde el punto de vista jurídico, ¿qué implica en concreto la adopción animal? Atendido que los animales no humanos son bienes muebles en nuestra legislación, es posible plantear que la adopción animal es, en un primer término, el acto o conjunto de actos por los cuales una persona adquiere el derecho real de dominio de un animal. Ello se traduce en la realización de actos que permitan la operatividad del sistema normativo de transferencia de propiedad: título traslativo de dominio y modo de adquirir⁶².

⁶⁰ Definición del término adopción extraída de: Real Academia Española de la Lengua. Diccionario de la Real Academia Española [en línea] [fecha de consulta: 14-02-20]. Disponible en: www.rae.es. También revisar las siguientes notas periodísticas, en las cuales se utiliza el término adopción en el sentido expuesto: CNN en Español. Abren una cafetería para adopción de perros [en línea] [fecha de consulta: 29-02-20]. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/video/doger-cafe-perros-ca-chorros-adopcion-madrid-bar-personas-encuentro/>; y BioBioChile. 4 importantes razones para adoptar a un perrito callejero [en línea] [fecha de consulta: 29-02-20]. Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/sociedad/animales-y-mascotas/2017/07/27/4-importantes-razones-para-adoptar-a-un-perrito-callejero.shtml>.

⁶¹ El artículo 55 del Código Civil señala que: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”. También, ver: Ley N°19.620. Chile. (05/08/1999). Dicta Normas sobre Adopción de Menores. Ministerio de Justicia. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=140084&r=1> [fecha de consulta: 23-10-19].

⁶² En este punto, se está tomando en consideración la teoría tradicional de adquisición y transmisión de derechos reales, la cual es predominante en Chile.

En el caso de los centros de rescate municipales, el título traslativo de dominio podrá ser el contrato de adopción animal mencionado⁶³. Sin embargo, también se podrían celebrar otro tipo de contratos, como el de compraventa o de donación, para transferir el dominio de un animal, aunque este fuera adquirido con el fin de brindar compañía o seguridad al adquirente⁶⁴. En dicho punto, la Ley no establece en qué casos debe celebrarse un contrato de adopción animal, o si su celebración se limita solo a los centros de rescate municipales, o si debe celebrarse siempre que se adquiera a un animal que vaya a ser destinado a ejercer el rol de mascota o animal de compañía, etc. En virtud del principio de autonomía de la voluntad, podría sostenerse que los particulares están facultados para celebrar contratos de adopción animal y caracterizarlos de la manera que estimen conveniente, dentro de los márgenes de la ley. Lo importante es que se mantenga el objeto de este tipo de contratos, el cual sería el derecho real de dominio, uso y goce que recae sobre el animal.

En síntesis, es viable sostener que el contrato de adopción animal corresponde al título que consolida la adquisición del derecho real de dominio de este⁶⁵. En el caso de los perros comunitarios que se mantienen en los centros de rescate, el contrato de adopción serviría de título que antecede al modo de adquirir ocupación, aunque

⁶³ La naturaleza jurídica del contrato de adopción animal es indeterminada. En atención a la extensión prevista, dicho análisis deberá ser tratado en otra oportunidad.

⁶⁴ Hay autores que señalan que, si bien la donación es definida como un acto, puede calificar igualmente como contrato, al necesitar del consentimiento del donatario para su perfeccionamiento. Ver en: DEL SOLAR DUARTE, Nicolás y MUÑOZ CID, Manuel. *Donación entre vivos y por causa de muerte. Instituciones jurídicas vinculadas a la donación revocable*. (1ª edición). Santiago, Chile. Editorial Metropolitana, 2012. p. 21. Otra cuestión importante que analizar respecto de la donación, es cómo se concilian los múltiples requerimientos necesarios para celebrar un contrato de donación, con la adopción animal. Lamentablemente, dicha problemática no podrá ser revisada en esta oportunidad, ya que no se relaciona directamente con la figura del perro comunitario. En efecto, el artículo 1386 del Código Civil define a la donación como un "acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta". Como se puede observar, para que haya donación, es necesario que el bien mueble se encuentre dentro del patrimonio de una persona, para que pueda ser transferido al patrimonio de otra. Dado que el perro comunitario es un animal que no tiene dueño, es inviable que pueda ser donado, por lo que dicha discusión no aplica a su respecto.

⁶⁵ Se utiliza el término título para referirnos al antecedente jurídico que justifica o funda el derecho de dominio que tiene una persona sobre determinado objeto. Definición de Daniel Peñailillo Arévalo presente en: PEÑAILILLO, Daniel. *Los Bienes: La propiedad y otros derechos reales*. (3ª edición). Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 298. Para más información acerca del contrato de adopción, ver siguiente caso jurisprudencial: Juzgado de Primera Instancia N°1 de Ferrol, España. Acción de Revocación de Donación. (01-12-2010). Rol N°177/2010. Disponible en: <https://derechoanimal.info/sites/default/files/legacyfiles/bbdd/Documentos/820.pdf> [fecha de consulta: 23-10-19].

esta sea una cuestión discutida hasta la actualidad⁶⁶.

En conclusión, es posible establecer que la adopción del perro comunitario equivale a la adquisición de su derecho real de dominio por ocupación. Como se ha planteado a lo largo de este trabajo, este animal constituye jurídicamente una cosa mueble sin dueño, vulnerable de apropiación por el modo de adquirir ocupación. Por lo tanto, los requisitos de su adopción serán homologables a los requisitos de la ocupación, en atención a que este modo de apropiación es el único que permite adquirir el dominio de esta categoría de animal no humano.

Por otra parte, si se cumple con los requisitos de la ocupación revisados, la adopción del perro comunitario implicará que el animal pasará a ingresar al patrimonio de su adoptante. Ello traerá como consecuencia que, una vez adoptado un perro comunitario, este dejará de calificarse como comunitario (al pasar a tener dueño) y se consolidará, sin duda alguna, en la categoría de mascota o animal de compañía, si

⁶⁶ Dentro de la teoría tradicional de adquisición y transmisión de derechos reales, predominante en Chile, se discute si todos los modos de adquirir (en especial, los modos de adquirir originarios ocupación, accesión y prescripción) requieren de un título que sirva como causa para adquirir el dominio. El profesor Arturo Alessandri señala que sí es necesario que todos los modos de adquirir tengan un título que los anteceda y que, en el caso de la ocupación, accesión y prescripción, dicho título se confunde con el modo de adquirir. Por su parte, los profesores Guillermo Correa Fuenzalida y Manuel Somarriva, entre otros, señalan que no es necesario que todos los modos de adquirir tengan un título que los anteceda, y que esto es necesario solo para el caso de la tradición. Información extraída de: Op. cit. ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVICH. (2005). p. 138-141. Para más información acerca de los fundamentos de cada parte en esta discusión, revisar obra citada. No obstante, quedará pendiente la resolución del conflicto relativo a cómo opera, en la práctica, la adopción del perro comunitario a través de un contrato de adopción. ¿Por qué razón se genera este conflicto? Porque no es claro cuál es el rol del contrato de adopción en la aplicación de un modo de adquirir como la ocupación, el cual, en teoría, no requiere de un título inmediato que lo respalde. Esta cuestión forma parte de la discusión doctrinaria ya mencionada. De acuerdo a Rozas Vial, "algunos creen que todos los modos de adquirir, sean originarios o derivativos, requieren de un título inmediato que reglamente la forma en que se adquiere el dominio en cada modo. Estiman que, en los modos de adquirir originarios, siendo la ley su causa eficiente y la que reglamenta la forma de adquirir, el título mediato y el inmediato se confunden. Otros piensan que solo los modos de adquirir derivativos requieren de un título inmediato, el que sería innecesario en los originarios". En: ROZAS, Fernando. *Los Bienes*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica ConoSur, 1998. p. 117. Dado que la ocupación corresponde a un modo de adquirir originario, resulta interesante la intervención previa de un contrato que justifique la adquisición del derecho real de dominio que se desea adquirir, en atención a todo lo previamente expuesto. Por esta razón, y en honor a la extensión prevista para este trabajo, queda pendiente determinar cuál es el verdadero rol del contrato de adopción en la adopción misma del perro comunitario. Información extraída de: Op. cit. ROZAS (1998). p. 116, 118 y 123-140; y Op. cit. ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVICH. (2005). p. 133-136.

es adquirido con el fin de brindar compañía o seguridad⁶⁷. A su respecto, regirán de seguro las normas sobre tenencia responsable. Con ello, su dueño tiene la obligación de inscribirlo en el Registro Nacional de Mascotas y de brindarle todos los cuidados necesarios para que este animal pueda llevar una vida libre de sufrimientos. Es decir, al adquirir el dominio de una mascota o animal de compañía, el adoptante se obliga, por ley, a tratarla bajo los estándares de una tenencia responsable. En virtud de ello, el estatus jurídico del animal cambia, y su calidad de vida también⁶⁸.

Por lo demás, otro elemento de la adopción que no hay que dejar de tener en cuenta en este análisis, es el elemento afectivo. Si bien puede que no se presente en todos los casos de adopción de mascotas o animales de compañía, sí representa un factor importante a la hora de distinguir al acto de adoptar, de una mera adquisición patrimonial de una cosa.

No es menor, por cierto, la siguiente cifra: 86,8% de las personas que viven en la comuna de Santiago declaran que tienen a sus mascotas caninas por razones afectivas⁶⁹. Esto quiere decir que la gran mayoría del grupo poblacional estudiado decidió adquirir a su mascota con el fin de entablar una relación de afecto con esta, por sobre otras razones, como la de dotar de mayor seguridad al hogar.

Igualmente, se habla de la existencia de un profundo vínculo entre animal no humano y ser humano. CHIBLE lo explica de la siguiente manera:

⁶⁷ Se utiliza el término consolidar, porque no existen dudas respecto a que, los animales que tienen dueño y que son mantenidos para fines de compañía o seguridad, pertenecen a la categoría de mascotas o animales de compañía y que, por ende, se encuentran amparados por las normas sobre tenencia responsable. No obstante, un planteamiento que resulta discutible, es el que señala que todas las mascotas o animales de compañía deben tener, necesariamente, un dueño para calificar dentro esta clasificación.

⁶⁸ Cambia de estatus jurídico al pasar de ser perro comunitario, a mascota o animal de compañía.

⁶⁹ MORALES, Rodrigo. *Demografía de la población de perros (canis familiaris) de las viviendas de la comuna de Santiago de Chile* [en línea]. Memoria para optar al Título Profesional de Médico Veterinario. Universidad de Chile, (Santiago, Chile), 2017. [fecha de consulta: 30-10-19]. p. 26. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/151138>. Además, el autor concluye que "esto nos habla de un vínculo humano animal, relacionado a aspectos emocionales y sentimentales de las personas, por sobre otras razones". p. 44.

“el animal de compañía no solo satisface necesidades personales, generando correlativamente un vínculo intersubjetivo con su(s) cercano(s). La presencia masiva de animales de compañía ha sido innegablemente parte del fenómeno y movimiento social nacional e internacional en torno a la protección de los animales; y es que la cercanía con un animal de compañía le permite al ser humano compartir con un ser vivo de otra especie, observándolo e interactuando. En efecto, eventualmente, el humano se percata –en mayor o menor medida– de que esa interacción es recíproca, reconociendo la capacidad de sentir del animal no humano y otorgándole valor a su conciencia⁷⁰”.

Aunque este vínculo pareciera intangible, invisible e incorporeal, no por ello resulta inexistente. La misma jurisprudencia chilena ha reconocido la existencia de este lazo afectivo entre adoptante y mascota o animal de compañía. De esta forma, en sentencia sobre demanda de indemnización de perjuicios, Rol N°365-2013 de Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, se establece:

“no existe antecedente probatorio alguno que permita concluir que cuando el demandante ocurrió en auxilio de su mascota, haya actuado con temeridad o imprudencia al procurar salvar la vida del cachorro brutalmente atacado al interior de su propio lugar de residencia por el perro invasor de propiedad del demandado. Proteger ante el inminente riesgo de muerte, la vida de una mascota cachorro, a cuyo respecto se tienen sentimientos de afección, con valentía y decisión, al interior de la casa propia invadida por un perro de propiedad de un tercero, no puede considerarse exposición imprudente al daño, sino por el contrario, un acto de valía que coincide con la conducta que en nuestro sistema se asimila a la diligencia del buen padre de familia⁷¹”.

⁷⁰ Op. cit. CHIBLE (2018). p. 238-239.

⁷¹ Ver en: Corte de Apelaciones de La Serena. Hurtado con Tapia. Recurso de Casación en la Forma y Apelación. (08-05-2014). Rol N°365-2013. Disponible en: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTE-PORWEB/> [fecha de consulta: 16-10-19]. Información extraída de: Op. cit. MONTES (2018). p. 99-109. En el mismo sentido, revisar reseña de Macarena Montes respecto a sentencia pronunciada por Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N°1290-1998, sobre recurso de protección por afectación de Artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República, como resultado de la privación de su mascota a una menor de edad (pp. 100-103).

Lo anteriormente expuesto permite sostener que el lenguaje crea realidades en este punto⁷². Cuando nos referimos a un animal como adoptado, pareciera que cambia el tenor del estatus de dicho animal, si lo comparamos con el uso comprado, intercambiado o, por ejemplo, arrendado. Al utilizar el término adopción, pareciera existir un reconocimiento de un otro, en tanto ser vivo, y no de un mero algo. Y este otro ser será susceptible de eventuales lazos afectivos de parte de su adoptante.

Por ello, cabe establecer que la adopción del perro comunitario no involucra solamente la adquisición de su dominio por el modo de adquirir ocupación. Jurídicamente, el elemento adicional involucrado en este acto será la obligación legal que adquiere el adoptante de tratar a su mascota bajo los estándares de una tenencia responsable⁷³. En el límite de lo jurídico, se encuentra el reconocimiento legal implícito de la mascota o animal de compañía como un sujeto susceptible de ser adoptado, es decir, como un ser vivo sintiente, lo cual representa un avance significativo hacia el otorgamiento de derechos y protección constitucional para los animales. Finalmente, en el ámbito extrajurídico, se encuentra el eventual vínculo afectivo que conlleva la relación entre mascota adoptada y adoptante.

En conclusión, la adquisición del perro comunitario y la adopción animal son actos que se encuentran íntimamente relacionados. Por un lado, la adquisición del perro comunitario conllevará el ingreso del animal al patrimonio de una persona. La adopción, por su parte, junto con significar la adquisición del derecho real de dominio del can, implicará una consideración diferente del bien mueble, al proporcionarle un manto de protección que procura por su bienestar, tratamiento propio de un ser vivo sintiente.

⁷² Hay autores que se refieren a la importancia del lenguaje que utilizamos para conceptualizar el mundo en el que vivimos. Al respecto, los editores de la revista *Journal of Animal Ethics* afirman que: "el lenguaje es el medio por el cual entendemos y conceptualizamos el mundo que nos rodea, incluso el medio a través del cual pensamos sobre el mundo. Este punto obvio tiene implicaciones importantes en la manera en que conceptualizamos y pensamos acerca de los muchos mundos de los animales. Las palabras que usamos pueden ayudarnos a imaginar otros mundos, pero más usualmente, reflejan y solidifican nuestras percepciones existentes. Inevitablemente, nuestro lenguaje actual sobre los animales es el lenguaje del pensamiento pasado – y crucialmente, el pasado está plagado de terminología despectiva: 'brutos', 'bestias', 'bestial', 'criaturas', 'subhumano', y cosas por el estilo. No seremos capaces de pensar con claridad a menos que nos disciplinemos a usar sustantivos y adjetivos más imparciales en nuestra exploración de los animales y nuestra relación moral con ellos" (traducción). Los editores finalizan señalando: "invitamos a los autores a utilizar 'animales de compañía', en lugar de 'mascotas'. A pesar de su prevalencia, "mascota" es de seguro un término despectivo con respecto tanto a los animales en cuestión como a sus cuidadores humanos. Asimismo, la palabra 'propietarios', aunque técnicamente correcta en la ley, se remonta a una época anterior cuando los animales se consideraban simplemente eso: propiedad, máquinas o cosas para usar sin restricción moral. Del mismo modo, 'él' y 'ella' debieran ser utilizados en relación a animales individuales en lugar de 'eso'. La extraña noción de que los animales son solo especies y no individuos no debe perpetuarse en nuestro lenguaje" (traducción). En: LINZEY, Andrew y COHN, Priscilla. From the Editors: Terms of Discourse. *Journal of Animal Ethics*. 2011. 1: 7-9, pp. 7-8.

⁷³ Estos estándares se encuentran determinados en la Ley sobre Tenencia de Mascotas y Animales de Compañía y su Reglamento.

V

CONCLUSIONES

El perro comunitario representa una figura novedosa en nuestro ordenamiento jurídico. Su introducción abre la puerta a una serie de disyuntivas, lo que permite, a su vez, analizar cómo interactúa esta figura con las instituciones de derecho civil vigentes y cómo opera en la práctica la adquisición de su dominio. En relación a ello y, de acuerdo a lo expuesto en este trabajo, es posible concluir lo siguiente:

1. El perro comunitario representa una categoría jurídica que se encuadra dentro de la clasificación de bien mueble semoviente. En dicho sentido, la Ley sobre Tenencia Responsable, al introducir este concepto, mantiene su estatus de cosa para efectos de la aplicación de reglas patrimoniales.
2. La definición legal del perro comunitario permite sostener que el único modo de adquirir el dominio que le es aplicable, es la ocupación. Asimismo, al tratarse de una cosa sin dueño, el perro comunitario califica como *res nullius* y *res derelictae*. En el primer caso, se tratará de un canino que jamás ha tenido dueño y, en el segundo, de un canino que ha sido abandonado. Respecto a esto último, la Ley sobre Tenencia Responsable agrega nuevas hipótesis de abandono, a la tesis ya prevista en el Código Civil.
3. Dentro de los requisitos de la ocupación, el elemento más relevante y, a la vez, más problemático, representa la intención de adquirir el dominio del animal. Sin este requisito, el perro comunitario podría encontrarse bajo la aprehensión material de un tercero, sin pertenecer a su patrimonio, lo generaría situaciones irregulares y de desprotección para el animal.
4. Existirían dos vías mediante las cuales se podría adquirir a un perro comunitario: la vía directa y la vía indirecta. La vía directa sería la forma más común de ocupación, ya que permitiría que una persona adquiriera a un animal sin dueño, sin mediar otros agentes. La vía indirecta, por su parte, corresponderá a aquella forma de ocupación en la que participan intervinientes o intermediarios, los cuales no necesariamente adquirirían el dominio del animal, previamente a permitir que sea apropiado por un tercero.
5. Dentro de la ocupación de un perro comunitario mediante vía indirecta, podrían existir dos clases de intervinientes: los intervinientes de primer y segundo tipo. Los primeros, se caracterizan por alimentar y cuidar al animal, manteniéndolo en la vía pública. Los segundos, serían aquellos intervinientes que realizan dichas acciones, pero manteniendo al animal dentro de un recinto de acceso restringido.
6. En relación a los intervinientes de segundo tipo, no se encuentra zanjada la disyuntiva respecto a si estos debiesen adquirir o no el dominio del perro comunitario por ocupación, previamente a permitir que un tercero se apropie de este

canino. Al respecto, existirían inicialmente dos posturas: la postura a favor y la postura en contra, cada una con sus fundamentos. Con todo, pareciera que la respuesta dependerá finalmente de la concurrencia del elemento volitivo propio de la ocupación. Para lograr identificar dicha intencionalidad, en tanto criterio jurídicamente indeterminado, es posible recurrir a los principios de la lógica y las máximas de la experiencia al analizar el caso concreto.

7. Lo anterior no sería aplicable al caso especial de los centros de rescate, los cuales sí estarían facultados por ley para impedir que una persona no apta adquiera al animal y, al mismo tiempo, no se encontrarían obligados a adquirir su dominio. No obstante, en contraposición, estas instituciones deben cumplir con una serie de deberes establecidos por la Ley, tales como llevar un registro de los animales que cobijan, brindarles una adecuada tenencia, y esterilizarlos, desparasitarlos y vacunarlos previamente a darlos en adopción, entre otros.
8. En cuanto a la relación entre adopción y adquisición del perro comunitario, cabe decir que ambos conceptos están íntimamente relacionados, ya que la adopción del perro comunitario representa, en realidad, la adquisición de su derecho real de dominio bajo el modo de adquirir ocupación, con algunas características especiales. Por ello, la adopción del perro comunitario deberá regirse por los mismos requisitos exigibles para su adquisición por ocupación.
9. Finalmente, la utilización del vocablo adopción, en los términos del Reglamento sobre Tenencia Responsable, representaría un reconocimiento tácito del animal como un ser vivo, y no como una mera cosa semoviente. Este reconocimiento de los animales como sujetos susceptibles de ser adoptados, representa, también, un avance significativo hacia el reconocimiento legal de los animales como seres sintientes, agregándose la posibilidad del eventual otorgamiento de derechos y protección constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- › ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVICH, A. *Tratado de Los Derechos Reales, Tomo I.* (6ª edición), Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- › ATRIA LEMAITRE, Fernando. Sobre el título en la posesión, las cosas al parecer perdidas y la ocupación. En: SCHOPF, Adrián y MARÍN, Juan Carlos. *Lo Público y lo Privado en el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie.* Santiago, Chile. Ed. Adrián Schopf y Juan Carlos Marín. Editorial Thomson Reuters. 2017. p. 865-906.
- › BARCIA LEHMANN, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil Chileno, Tomo IV, De Los Bienes.* (1ª edición). Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2008.

- › Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N°21.020 [en línea] [fecha de consulta: 23-10-19]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/6387/>.
- › CHIBLE VILLADANGOS, María José. Animales de Compañía en Chile: Estatus y Regulación. En: GALLEGO SAADE, Javier y CHIBLE VILLADANGOS, María José. Derecho Animal. Teoría y Práctica. (1ª edición). Santiago, Chile. Ed. María José Chible y Javier Gallego Saade. Thomson Reuters, 2018.
- › CHIBLE VILLADANGOS, María José. Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho. Talca, Chile. Revista Ius et Praxis. N°2 (2016): 373-414.
- › CNN en Español. Abren una cafetería para adopción de perros [en línea] [fecha de consulta: 29-02-20]. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/video/doger-cafe-perros-cachorros-adopcion-madrid-bar-personas-encuentro/>.
- › CORRAL TALCIANI, Hernán. Ley 'Cholito' y responsabilidad civil por daños causados por animales. [en línea] [fecha de última consulta: 23-10-19]. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/08/21/Ley-Cholito-y-responsabilidad-civil-por-danos-causados-por-animales.aspx>.
- › CORRAL TALCIANI, Hernán. 'Responderá como fiador': una nueva forma de responsabilidad civil en la 'Ley Cholito' [en línea] [fecha de última consulta: 23-10-19]. Disponible en: <https://corraltalciani.wordpress.com/2017/08/20/respondera-como-fiador-una-nueva-forma-de-responsabilidad-civil-en-la-ley-cholito/>.
- › DEL SOLAR DUARTE, Nicolás y MUÑOZ CID, Manuel. Donación entre vivos y por causa de muerte. Instituciones jurídicas vinculadas a la donación revocable. (1ª edición). Santiago, Chile. Editorial Metropolitana, 2012.
- › GAL. Global Animal Law Project [en línea] [fecha de consulta: 15-11-19]. Disponible en: <https://www.globalanimallaw.org/database/national/index.html>.
- › GALLEGO SAADE, Javier y CHIBLE VILLADANGOS, María José. Derecho Animal. Teoría y Práctica. (1ª edición). Santiago, Chile. Ed. María José Chible y Javier Gallego Saade. Thomson Reuters, 2018.
- › GFK. Microestudio GFK: Los chilenos y sus mascotas [en línea] [fecha de consulta: 29-10-19]. Disponible en: <https://www.gfk.com/es-cl/insights/press-release/mascotas-en-chile/>.
- › LA TERCERA. (14.02.2019). Registro de mascotas ya suma 214 perros "comunitarios" [en línea: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/registro-mascotas-ya-suma-214-perros-comunitarios/529619/>] [fecha de consulta: 03-11-19].
- › LINZEY, Andrew y COHN, Priscilla. From the Editors: Terms of Discourse. Journal of Animal Ethics. 2011. 1: 7-9.

- › MONTES FRANCESCHINI, Macarena. Derecho Animal en Chile. (1ª edición), Santiago, Chile. Editorial Libromar, 2018.
- › MORALES FORTUZZI, Rodrigo. Demografía de la población de perros (canis familiaris) de las viviendas de la comuna de Santiago de Chile [en línea]. Memoria para optar al Título Profesional de Médico Veterinario. Universidad de Chile, (Santiago, Chile), 2017. [fecha de consulta: 30-10-19]. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/151138>.
- › PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Los Bienes: La propiedad y otros derechos reales. (3ª edición). Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- › Real Academia Española de la Lengua. Diccionario de la Real Academia Española [en línea] [fecha de consulta: 14-02-20]. Disponible en: www.rae.es.
- › ROZAS VIAL, Fernando. Los Bienes. Santiago, Chile. Editorial Jurídica ConoSur, 1998.
- › SOTO PARRAGUEZ, Alejandra. Análisis de un problema público no abordado. El caso de los perros vagabundos y callejeros en Chile [en línea]. Tesis para optar al grado de Magister en Gestión y Políticas Públicas. Universidad de Chile, Santiago (Santiago, Chile), 2013. [Fecha de consulta: 12-06-19]. p. 2. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113119/cf-soto_ap.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

NORMATIVA CITADA

- › Código Civil de los Países Bajos (2015). Disponible en: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005291/2015-08-27#Opschrift> [fecha de consulta: 23-10-19].
- › Código Civil de la Confederación Suiza (2019). Disponible en: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html> [fecha de consulta: 23-10-19].
- › Código Civil de la Provincia de Quebec (2015). Disponible en: <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2015C35A.PDF> [fecha de consulta: 23-10-19].
- › Código Civil de la región de Cataluña (2006). Disponible en: <http://civil.udg.edu/normacivil/cat/CCC/ES/L5-2006.htm#t1> [fecha de consulta: 23-10-19].
- › Código Civil de la República Checa (2012). Disponible en: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Civil-Code.pdf> [fecha de consulta: 23-10-19].
- › Código Civil de la República de Austria (2019). Disponible en: <https://www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/285a> [fecha de consulta: 23-10-19].
- › Código Civil de la República de Azerbaiyán (2000): Disponible en: <https://www.izvoznookno.si/Dokumenti/pravo/azrccode.pdf> [fecha de consulta: 23-10-19].

- › Código Civil de la República de Chile, DFL N°1 (2000). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776> [fecha de consulta: 23-10-19].
- › Código Civil de la República de Colombia (2016). Disponible en: <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/LEY%201774%20DEL%206%20DE%20ENERO%20DE%202016.pdf> [fecha de consulta: 23-10-19]. Código Civil de la República Federal de Alemania (2002). Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0267 [fecha de consulta: 23-10-19].
- › Código Civil de la República Francesa (2015). Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000030250342> [fecha de consulta: 23-10-19].
- › Código Civil de la República de Moldavia (2002). Disponible en: <http://lex.justice.md/md/325085/> [fecha de consulta: 23-10-19].
- › Código Civil de la República Portuguesa (1966). Disponible en: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/123928118/201911160619/73747319/diploma/indice?q=c%C3%B3digo+civil+> [fecha de consulta: 16-11-19].
- › Código Civil del Reino de España (2019). Disponible en: https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?modo=1&id=034_Codigo_Civil_y_legislacion_complementaria [fecha de consulta: 23-10-19].
- › Código Penal de la República de Chile (2019). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984&idParte=0> [fecha de consulta: 23-10-19].
- › Constitución del Estado de Florida (2018). Disponible en: <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/Index.cfm?Mode=Constitution&Submenu=3&Tab=statutes#A10S21> [fecha de consulta: 15-11-19].
- › Constitución de la ciudad de Buenos Aires (1996), Argentina. Disponible en: https://www.buenosaires.gob.ar/areas/leg_tecnica/sin/normapop09.php?id=26766&qu=-c&ft=0&c [fecha de consulta: 15-11-19].
- › Constitución de la República Árabe de Egipto (2014). Disponible en: <http://www.sis.gov.eg/Newvr/Dustor-en001.pdf> [fecha de consulta: 15-11-19].
- › Constitución de la República de India (1950). Disponible en: https://www.india.gov.in/sites/upload_files/npi/files/coi_part_full.pdf [fecha de consulta: 15-11-19].
- › Constitución de la República Federativa de Brasil (2010). Disponible en: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfSobreCorte_en_us/ane-xo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf [fecha de consulta: 15-11-19].
- › Constitución Federal de la Confederación Suiza (2018). Disponible en: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html> [fecha de consulta: 15-11-19].

- › Decreto 1007. Chile. (17/08/2018). Reglamento que establece la forma y condiciones en que se aplicarán las normas sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía y determina las normas que permitirán calificar a ciertos Especímenes Caninos como Potencialmente Peligrosos. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1121980&idParte=0&idVersion=> [fecha de consulta: 23-10-19].
- › Ley Básica de la República Federal de Alemania (2019). Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> [fecha de consulta: 15-11-19].
- › Ley N°19.620. Chile. (05/08/1999). Dicta Normas sobre Adopción de Menores. Ministerio de Justicia. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=140084&r=1> [fecha de consulta: 23-10-19].
- › Ley N°21.020. Chile. (02/08/2017). Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía. Ministerio de Salud. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1106037&buscar=21020> [fecha de consulta: 23-10-19].

JURISPRUDENCIA CITADA

- › Corte de Apelaciones de La Serena. Hurtado con Tapia. Recurso de Casación en la Forma y Apelación. (08-05-2014). Rol N°365-2013. Disponible en: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> [fecha de consulta: 16-10-19].
- › Corte de Apelaciones de Temuco. Parada con Sanhueza. Recurso de Apelación. (17-06-2008). Rol N°1705-2006. Disponible en: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> [fecha de consulta: 11-06-19].
- › Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sociedad Protectora de Cocheros de Viña del Mar y Dueños de Coches Victoria con Ilustre Municipalidad de Viña del Mar. Recurso de Protección. (02-04-2015). Rol N°491-2015. Disponible en: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> [fecha de consulta: 11-06-19].
- › Juzgado de Primera Instancia N°1 de Ferrol, España. Acción de Revocación de Donación. (01-12-2010). Rol N°177/2010. Disponible en: <https://derechoanimal.info/sites/default/files/legacyfiles/bbdd/Documentos/820.pdf> [fecha de consulta: 23-10-19].

COMENTARIOS DE
JURISPRUDENCIA

EVOLUCIÓN DEL TIPO PENAL EN DELITO DE MALTRATO ANIMAL EN CHILE ENTRE 1989 – 2019

ALMA SÁNCHEZ GONZÁLEZ

ABOGADO PENALISTA

CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

ABOGADO ASESOR DEL PROGRAMA DE TENENCIA RESPONSABLE DE
MASCOTAS Y ANIMALES DE COMPAÑÍA PTRAC

INTRODUCCIÓN

En estos tiempos, no constituye novedad que los animales no humanos, pese a mantener el estatus jurídico de bienes muebles o cosas, sean considerados desde una perspectiva ética, sujetos de derecho.

A través del análisis de los casos en que participé como abogado querellante y expondré, podremos observar, cómo la Magistratura ha suplido los vacíos legales generados por una normativa insuficiente, no acorde a la realidad, que reconoce a los animales no humanos como especies sintientes, capaces de discernir, de padecer sufrimiento y experimentar emociones; y cómo a través de sus fallos, han logrado construir durante los últimos veinte años, la conducta punitiva que hoy sanciona el delito de maltrato o crueldad animal; delito de resultado, cuyos medios de comisión serán cuestionados dado el bien jurídico protegido.

En efecto, la salud y bienestar animal contempla un parámetro general de necesidades físicas y psicológicas de todo ser vivo, pero podrá sostenerse que el maltrato o crueldad contra los animales, también satisface el tipo, cuando el deber de conducta exigido por la norma, vulnera las características propias de cada especie, su naturaleza y estado de conservación de éstas.



MARCO REGULATORIO

1. NORMATIVA INTERNA

A continuación se mencionan las normas chilenas vigentes, su contenido y alcance relacionados con el delito.

1.1 Ley N°20.380 sobre Protección Animal

Entró en vigencia el 03/10/2009 y tiene como objetivos “conocer, proteger y respetar a los animales, como seres vivos y parte de la naturaleza, con el fin de darles un trato adecuado y evitarles sufrimientos innecesarios”¹.

Reconoce a los animales en su artículo 2º, como “seres vivientes y sensibles que forman parte de la naturaleza” y establece en su artículo 3º, las obligaciones de quien ejerza la tenencia de un animal doméstico o silvestre.

Destaca el artículo 12º de la citada ley, que contempla el retiro de los animales y designación de un depositario provisional aplicable en los casos de maltrato; así como, costear tratamientos médicos y alimentación con cargo al imputado mientras dura la investigación.

1.2 Ley N°21.020 Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía

Entró en vigencia el 02/8/2017, cuyos objetivos son determinar las obligaciones y derechos de los dueños o tenedores de este tipo de animales, proteger la salud y el bienestar animal, velar por la salud pública, seguridad de las personas y regular la responsabilidad por daños ocasionados por acción de las mascotas; contiene diversos conceptos que permiten comprender cuando un animal es abandonado, callejero, comunitario, etc. y elimina el sacrificio como método de control de población. Incorpora de forma expresa la prohibición del abandono, al considerarlo delito y otorga legitimación activa a las personas jurídicas de protección animal para intervenir en juicios.

1.3 Reglamento de la Ley N° 21.020/ Decreto N° 1.007, de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública

Publicado el 17/08/2018; trata detalladamente la tenencia responsable de mascotas, situación de los perros potencialmente peligrosos, los diversos registros de animales, personas jurídicas, etc.; regula la crianza y venta de estos animales y establece estrategias para educar, proteger la salud pública y fiscalizar.

¹ Ley N°20.380. Chile (3/10/09). Sobre Protección de Animales. Ministerio de Salud. Subsecretaría de Salud Pública.

1.4 Código Penal

La Ley N°18.859 modificó el Código Penal, incorporando en 1989 el artículo 291 bis: “El que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de uno a diez ingresos mínimos mensuales o sólo a esta última”².

Posteriormente con la Ley N°20.380, se reemplazó el año 2009 la norma antes transcrita, por la siguiente: “El que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de dos a treinta unidades tributarias mensuales, o sólo con esta última”³. Con la Ley N°21.020 se realizó la última modificación a la fecha: “El que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de dos a treinta unidades tributarias mensuales, o sólo con esta última. Si como resultado de una acción u omisión se causare al animal daño, la pena será presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de diez a treinta unidades tributarias mensuales, además de la accesoria de inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de cualquier tipo de animales. Si como resultado de las referidas acción u omisión se causaren lesiones que menoscaben gravemente la integridad física o provocaren la muerte del animal se impondrá la pena de presidio menor en su grado medio y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, además de la accesoria de inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de animales”⁴.

Además incluyó el artículo 291 ter que describió las conductas de maltrato o crueldad animal: “Para los efectos del artículo anterior se entenderá por acto de maltrato o crueldad con animales toda acción u omisión, ocasional o reiterada, que injustificadamente causare daño, dolor o sufrimiento al animal”⁵.

2 Ley N°18.859. Chile (29/11/89). Modifica el Código Penal, en lo relativo a la Protección Animal. Ministerio de Justicia.

3 Op. cit. Ley N° 20.380.

4 Ley N°21.020. Chile (02.08.17) Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía. Ministerio de Salud.

5 Ibid.

1.5 Ley N°19.473 de Caza y su Reglamento Decreto Supremo N°5, de 1998, del Ministerio de Agricultura

Las disposiciones contenidas en la actual Ley de Caza, que datan de 1996 y de su Reglamento publicado el 7/12/1998, incorporaron medidas de conservación y utilización sustentable de la fauna silvestre que habita en Chile; mediante el Reglamento se realizó un listado de todas las especies de vertebrados y su conservación, exigencias para la instalación de criaderos y otros establecimientos con fauna silvestre e incluyeron las condiciones de mantención de los animales en cautiverio, comercio y tenencia de especies exóticas.

2. NORMATIVA INTERNACIONAL

2.1 Declaración Universal de los Derechos de los Animales

Proclamada el 15/10/1978 por la Liga Internacional de los Derechos Humanos del Animal y las ligas nacionales afiliadas, con motivo de la celebración de la Tercera Reunión Internacional sobre Derechos del Animal en Londres en 1977; Chile no ha adherido a esta declaración, lo que no implica que se considere como una fuente indirecta de derecho, que se tuvo presente en el proyecto de la Ley N°20.380. Profesa al animal no humano como sujeto de derechos y proclama el derecho de existencia de todos los animales, con una perspectiva anti-especista.

Tuvo lugar con posterioridad al inicio del movimiento de defensa de los animales, cerca del año 1973, época en que apareció en la prensa un ensayo denominado "Liberación Animal"⁶, que luego dio origen al libro, donde se plantea este signo de especismo, como un prejuicio que sobrevive porque es conveniente para el grupo dominante.

2.2 Convención CITES

La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres o Convención ("CITES") fue promulgada como ley de la República mediante el Decreto Ley N°873 del año 1975, del Ministerio de Relaciones Exteriores; esta convención, que incluye cerca de tres mil especies de fauna silvestre, califica de conformidad a lo que se entiende como "el árbol de decisiones" la situación de riesgo en que se encuentra cada una de estas especies, protocolo de acción respecto de estos especímenes y tipos penales especiales previstos para estos casos, los que buscan evitar el tráfico de animales y su protección, exigiendo para este efecto el correspondiente certificado de origen.

⁶ SINGER, Peter. Animal Liberation. *The New York Review of Books*. New York, EE.UU. 2003. 8(50).



JURISPRUDENCIA

1. RAMBA

1.1 Procedimiento

Juicio Simplificado, artículos 388 y siguientes del Código Procesal Penal; Juez Titular: Milenko Grbic Miranda; Juzgado de Garantía de San Bernardo, Región Metropolitana. Rit. 8023-2011 Ministerio Público c/ Maluenda Quezada.

1.2 Hechos de la Imputación

1.2.1 Acusación del Ministerio Público:

“Entre los años 2007 y 2010, J.G.M.Q realizó diversos espectáculos públicos circenses en varias comunas de Chile incluyendo las comunas de Santiago, Rancagua, Quilpué y Buin entre otras, en los cuales exhibió y utilizó indebidamente y con ánimo de lucro a un elefante asiático hembra de nombre Ramba, especie en peligro de extinción y como tal incluida en el apéndice 1 del convenio CITES, acción que desarrolló en forma habitual.

Desde septiembre del 2010 hasta el 5 de diciembre del 2011 mantuvo a sabiendas a dicha especie en condiciones inadecuadas de temperatura, salud y mantención, de acuerdo a la especie, lo que ha provocado en Ramba hipotermia reiterada, daño en las patas por falta de aseo y de un correcto despalme e imposibilidad de un adecuado descanso al no contar con las condiciones necesarias para ello en su lugar de cautiverio”.

1.2.2 Acusación particular de la Querellante (ONG Ecópolis Disciplinas Integradas):

En el caso sublite, resultó especialmente compleja la decisión de realizar una descripción más acabada de los hechos; cuyo propósito era ilustrar al Tribunal, sobre el delito de maltrato o crueldad animal en paquidermos, especie protegida por la Convención Cites apéndice 1 y el delito de Comercio Indebido de Especies protegidas, artículo 31, 22 y 30 de la Ley N°19.473; así las cosas y, con el objeto de exponer en primera instancia la conducta dolosa del acusado en relación al Comercio Indebido de Especies, se hizo necesario contextualizar las resoluciones administrativas dictadas por el Servicio Agrícola Ganadero (“SAG”), que ya había ordenado en dos oportunidades el comiso del animal (1997 y 2004) al no poder acreditarse su origen o dominio, lo que implicaba que J.M al comprar la Elefante a su primer poseedor, Eduardo Val, tenía conocimiento de esa circunstancia y su origen ilegal (adoptando la posición de garante); no obstante ello y por un actuar negligente de los fiscalizadores del SAG, Ramba siempre permaneció cautiva, con quien fue su depositario provisional pese a ser el infractor y autor material del delito.

En cuanto a los actos para satisfacer el tipo, en el caso de esta especie exótica en peligro de extinción, nos enfocamos en señalar cuales eran los cuidados mínimos para la sobrevivencia de cualquier ser vivo y los requerimientos especiales propios de su especie, hipótesis que fue suficiente para satisfacer el delito de comisión por omisión; para ello, se hizo especial énfasis, en la falta de cuidados médicos veterinarios, ausencia de certificación sanitaria, que debieron prodigarse al tratarse de una especie silvestre, acreditándose mediante peritajes de expertos en dicha fauna.

Los actos de ejecución directa constitutivos de crueldad, consistieron en la sujeción casi permanente a una cadena o cuerda metraje para un animal gregario, que en estado salvaje recorre grandes extensiones de terreno; la imposibilidad de un adecuado descanso ante la sobreexposición al público y los recurrentes episodios de hipotermia al someter al frío, a una individuo propia de climas templados.

1.3 Sentencia:

Se condenó al acusado, como autor del delito de Maltrato Animal en grado consumado, a sufrir la pena de 100 días presidio menor en su grado mínimo, y multa de 10 unidades tributarias mensuales, accesoria de suspensión para cargos u oficios públicos durante el tiempo que dure la condena; otorgándole el beneficio de la remisión condicional de la pena de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley N°18.216, dada su irreprochable conducta anterior, artículo 11 N°6 del Código Penal y al quantum de la pena.

1.4 Aspectos relevantes del Fallo:

El juicio de Ramba, podría considerarse como el caso más emblemático del delito de maltrato animal que ha conocido la judicatura chilena, no solo por su triste historia, sino que también por el gran aporte jurídico que tuvo lugar, gracias al fallo del Juez Milenko Grbic Miranda.

En efecto, al referirse al tipo penal, expone latamente que el delito analizado se satisface con la acción descrita, es decir, actos u omisiones; citando para este efecto, lo sostenido por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en causa Rol N°169- 2008 que señaló respecto al artículo 291 bis del Código Penal vigente a la época, que el legislador, ni en la letra de esta disposición ni en su espíritu, ha contemplado la obligación de exigir una conducta positiva para que se verifique este ilícito, considerando la indefensión en que los animales domésticos se encuentran frente al ser humano, por lo cual la conducta agresiva hacia uno de ellos bien puede expresarse en una simple omisión. El Magistrado Grbic concluye que estamos frente a un delito de omisión impropio, ya que el autor producto del no actuar exigido, en su calidad de garante (imputación objetiva) generó como resultado, que la Elefante se encontrara en un abandono médico y de bienestar.

Respecto al bien jurídico protegido, partiendo de la postura antropocéntrica en el derecho penal imperante, sobretudo en este tipo de delito; el profesor GARRIDO, manifestó en comunión con la doctrina de Welsel que, el bien jurídico es “un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente”⁷, y por ende faculta al legislador a sancionar solo “aquella conducta que en alguna forma lesiona o pone en peligro uno de esos intereses sociales o individuales apreciados como fundamentales”⁸; en este sentido, el sentenciador en el caso de Ramba establece “se les reconoció su condición de ser aptos de protección jurídica única por sobre las demás cosas muebles, independiente de si los animales tienen o no propietarios, pues se protege a los animales y no la propiedad que tenga una persona sobre esa cosa mueble semoviente”.⁹

En cuanto al resultado como elemento del tipo, consideró los padecimientos originados por la mala nutrición, enfermedades y el abandono médico veterinario, especialmente respecto del cuidado podal que requieren los paquiremos; refiere fundadamente, al daño etológico producido en este animal silvestre, que fue manifestado en conductas estereotipadas y repetitivas.

1.5 Conclusiones

El fallo de Ramba, definió lo que doctrinariamente correspondía al bien jurídico protegido, entendiendo el concepto de bienestar como un estado tanto físico como etológico, al reconocer la capacidad de sufrimiento, distinguiendo a los animales de las cosas.

Por otro lado, desarrolló jurídicamente la comisión por omisión en este tipo de delito, consagrando el abandono médico como este tipo de conducta en relación a la posición de garante del imputado.

Aplicó correctamente la normativa internacional, en especial la Convención CITES, en cuanto norma especialísima que regula la protección de este tipo de especies, ordenando su traslado a un santuario de elefantes.

Ramba permaneció cerca de 7 años en el Parque Safari, en Rancagua, a la espera de ser trasladada al que fue su destino final, un Santuario de Elefantes en Brasil llamado “Global Sanctuary for Elephants”, al que llegó en octubre de 2019; vivió

7 GARRIDO, Mario. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. (2° edición). Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2002. pág. 69

8 Ibid.

9 Juzgado de Garantía de San Bernardo. Ministerio Público contra Maluenda Quezada. Sentencia Juicio Simplificado (20.03.13). Rit. 8023- 2011

por primera vez en libertad, disfrutando de la compañía de otros elefantes hasta diciembre de ese mismo año, mes en que falleció producto de los maltratos sufridos por aproximadamente 14 años en un circo itinerante.

2. CHOLITO

2.1 Procedimiento

Juicio Simplificado, artículos 388 y siguientes del Código Procesal Penal; Juez Titular: Pedro Advis Mondaca; 3º Juzgado de Garantía de Santiago, Región Metropolitana. Rit. 457- 2017. Ministerio Público c/ Jadue Zedán y otros.

2.2 Hechos de la Imputación

2.2.1 Acusación del Ministerio Público:

La Fiscalía imputó dos delitos de maltrato animal, cometidos contra dos perros sin dueño en el mes de enero de 2017, fecha en que aún no había sido publicada ni se encontraba vigente la Ley N°21.020 Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía, que modificó posteriormente el artículo 291 bis del Código Penal.

Según señala la acusación: El día miércoles 04 de enero de 2017, alrededor de las 22:00 horas, la imputada doña J.B.C.SM, acompañada por su pareja, el imputado don F.N.N.C, llegaron en el vehículo de este último, hasta la Galería Cristal, ubicada en Avenida Recoleta N°247, comuna de Recoleta, quienes procedieron a atrapar a uno de dos perros que pernoctaban en el lugar, de tamaño pequeño, raza mestiza y pelaje café, de nombre Rocky, al que alrededor de las 23:30 horas del mismo día fueron a botar en el vehículo a un sitio eriazo de otra comuna. Para efectuar lo anterior, la administradora de la Galería Cristal, la imputada doña R.E.J.Z, le ofreció a la imputada J.B.C.SM, la suma de \$70.000 pesos, con la finalidad de deshacerse de los dos perros, insistiendo que debían ser sacados a como diera lugar, siendo el otro un perro mestizo de tamaño grande y color negro, apodado Cholito. Consecuente con lo anterior, ese mismo día 04 de enero, la imputada R.J, le hizo llegar a través de un tercero, la suma de \$40.000 mil pesos en dinero efectivo.

Posteriormente, con fecha 05 de enero de 2017, alrededor de las 21:00 horas, J.B.C.SM y su pareja F.N.N.C volvieron a la Galería Cristal para atrapar a Cholito, presentándose en el lugar a eso de las 22:30 horas la imputada R.E.J.Z. En esa oportunidad, la imputada R.J, premunida de una frazada y de un palo, golpeó en uno de sus ojos a Cholito, no logrando su cometido de atrapar al perro, el que

finalmente huyó del lugar. El día siguiente, viernes 06 de enero de 2017, alrededor de las 22:00 horas, por insistencia de la imputada R.E.J.Z, quien llamó al celular de la imputada J.C, regresó junto a su pareja F.N.N.C a la Galería Cristal, puesto que Cholito había vuelto a refugiarse en el lugar. En la galería se encontraba el cuidador Julio César Tolaba y un ciudadano haitiano aún no identificado. Acto seguido, Julio Tolaba por encargo de la imputada R.J, procedió a entregarle a la imputada J.C la suma de \$30.000 mil pesos en dinero efectivo, para pagar el saldo pendiente por el trabajo solicitado. Luego de esto, los imputados J.C, F.N y el ciudadano haitiano, premunidos de palos y cadenas, acorralaron a Cholito, a quien arrojaron una frazada encima para inmovilizarlo, y al oponer resistencia, y por órdenes de la imputada R.E.J.Z impartidas por celular, el perro fue golpeado brutalmente con palos por la imputada J.C y por F.N. Luego, el perro Cholito fue arrastrado sangrando por el pasillo de la galería hasta ser subido al vehículo de F.N.C, siendo arrojado con la frazada en un sitio eriazado de otra comuna.

2.2.2 Acusación particular de las querellantes (Fundación RIMA, Callejitos de la Vega, Ecópolis y otras):

La querellante Municipalidad de Recoleta, adhirió a la acusación del Fiscal Marcelo Cabrera y las organizaciones no obstante compartir los hechos imputados por la Fiscalía, constitutivos de dos delitos de maltrato animal, previstos y sancionados en el artículo 291 bis del Código Penal, en calidad de autores de conformidad al art. 15 N°1 y 2° del Código Penal, en grado de desarrollo consumado; pero respecto a la calificación jurídica, el Fiscal Marcelo Cabrera estimó que a los imputados J.B.C.SM y F.N.N.C les perjudicaba solo la circunstancia agravante del artículo 12 N° 2 del Código Penal, esto es, cometer los delitos mediante precio, recompensa o promesa; ello difería de las otras agravantes que a nuestro parecer también concurrían, las previstas en el número N°4 y N°12 del artículo antes citado, aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución y ejecutarlo de noche o en despoblado, respectivamente. En ese contexto, las penas solicitadas por las querellantes resultaban mucho mas gravosas que las planteadas por la Fiscalía.

Finalmente, los imputados aceptaron su responsabilidad en los hechos y de conformidad a las penas solicitadas por el Ministerio Público, que figuran en la sentencia, en aplicación de lo dispuesto en el inciso final del artículo 388 del Código Procesal Penal, el procedimiento se modificó a Juicio Simplificado de conformidad a lo previsto en el artículo 390 del citado código; las querellantes adhirieron al requerimiento y aprobado por el Tribunal, al ajustarse a derecho, fueron condenados.

2.3 Sentencia:

Los acusados C.SM y N.C, fueron condenados a las penas únicas de cien días de presidio menor en su grado mínimo, más la accesoria legal; en relación con la señora J.Z se condenó al pago de una multa ascendente a cuarenta unidades tributarias mensuales y para su cumplimiento fueron remitidas las sanciones privativas de libertad, por el plazo de un año.

2.4 Aspectos relevantes del Fallo:

Cabe destacar respecto de la sentencia y el procedimiento adoptado, que se ajustó a la penalidad aplicable al delito, presidio o reclusión menor en su grado mínimo y multa o solo esta última; se condenó a los autores, no obstante carecer del objeto del delito, porque nunca fueron encontrados los cuerpos de los animales. Esta circunstancia, que representaba la mayor dificultad para sustentar la acusación en un juicio oral desde un punto de vista probatorio, se abordó mediante diversos antecedentes y peritajes entre ellos un test de ADN.

La muerte de Cholito, quedó plasmada en un video grabado por la denunciante, donde registró la golpiza de la que fue objeto el perro y las conversaciones telefónicas sostenidas entre los imputados y R.J.Z; ocasión en que les dio instrucciones, en el mismo momento de la comisión del hecho; como era necesario acreditar la existencia del can, esta querellante solicitó peritaje particular a la frazada y el "palo" utilizado en la comisión del delito, elementos que conservaban manchas de sangre y muestras orgánicas; pericia que reveló la existencia de ADN no humano y que además correspondía a un canino.

En cuanto al sujeto activo, se condenó de forma inédita en este tipo de delitos, a R.E.J.Z en calidad de autor inductor "(...) que en ambos ilícitos participaron como autores los señores C. SM y N.C, puesto que intervinieron de manera inmediata y directa en su perpetración y la señora J.Z, dado que indujo a los anteriores a ejecutar tales delitos" (considerando 3º).

2.5 Conclusión

El caso Cholito, generó gran conmoción pública por la violencia y brutalidad del maltrato propinado a un perro, que hoy se conoce jurídicamente como "perro comunitario"¹⁰ en la Ley N°21.020, cuya vigencia fue posterior al acaecimiento de los hechos; la mencionada ley sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales

¹⁰ Perro comunitario: perro que no tiene un dueño en particular pero que la comunidad alimenta y le entrega cuidados básicos. Artículo 2º N°4 Ley N°21.020.

de compañía, pasó a conocerse como la Ley Cholito ya que producto de una extensa tramitación en el parlamento, que duró cerca de 8 años, no permitió aplicar en el caso sublite, una pena más justa en virtud de la modificación introducida en el Código Penal por esta ley, que modificó el artículo 291 bis e incorporó el artículo 291 ter; normas que debido al resultado de muerte del perro, hubiese implicado una pena más alta y la inhabilitación perpetua para la tenencia de animales.

3. PERROS DE LÍNEA – PITBULLS

3.1 Procedimiento

Juicio Oral ante Séptimo Tribunal Oral en Lo Penal de Santiago, Región Metropolitana, Juezas: Olga Ortega Melo, Colomba Guerrero Rosen, Marcela Erazo Rivera; Rit. 277-2019. Ministerio Público c/ López Ampuero y otro.

3.2 Hechos de la Imputación

3.2.1 Acusación del Ministerio Público

Al menos desde inicios de 2015, hasta el día 13 de noviembre de 2017 el imputado D.S.M concertado con C.L.A, en el domicilio ubicado en calle María Angélica N° 4346, La Florida que el primero arrendó para el segundo, ejecutaron reiteradamente actos de crueldad y maltrato activa y omisivamente respecto de 32 perros de razas Staffordshire y Pitbull Terrier, con el objeto de reforzar su agresividad, mantenerlos atados todo el día a vínculos en el suelo mediante una cadena de aproximadamente 2 metros, restringiendo su capacidad de movimiento para así causarle ansiedad y stress y prepararlos para actividades de peleas, sin darle además los cuidados médicos suficientes que sus patologías hacían merecer.

Producto de este actuar los perros resultaron con las siguientes consecuencias, las que les han traído por aparejado daño y/o menoscabado gravemente su integridad física. A continuación se adjuntó un cuadro donde se individualiza a cada perro, raza, edad, trastornos etológicos y condición corporal.

3.2.2 Acusación Querellante Particular (Fundación RIMA)

Desde al menos el mes de Noviembre de 2017, el imputado Daniel Saavedra MARTÍNEZ concertado con el imputado Claudio López Ampuero, en el domicilio ubicado en calle María Angélica N° 4346 de la comuna de La Florida, que el primero arrendó para el segundo; ejecutaron reiteradamente actos de crueldad y maltrato animal, activa y omisivamente, respecto de 32 perros de razas Staffordshire y Pitbull Terrier, consistentes en: mantenerlos atados todo el día a vínculos o estacas en el suelo, mediante una cadena de aproximadamente 2 metros, con el objeto de reforzar su agresividad, restringiendo para ello su

capacidad de movimiento causándoles así ansiedad, stress y nula sociabilización, prepararlos para actividades de peleas, sin satisfacer sus necesidades mínimas de alimentación de acuerdo a su tamaño y especie; ni agua, ni resguardo o cobijo del medio ambiente, como también no proporcionarles los cuidados médicos necesarios y suficientes para evitarles el padecimiento y proliferación de infecciones y enfermedades, patologías tanto físicas como etológicas las que debieron ser tratadas generándoles dolor y sufrimiento.

Producto de estas acciones y omisiones los perros resultaron con las siguientes consecuencias, las que les han traído por aparejado daño y/o menoscabado gravemente su integridad física y se adjuntó el mismo cuadro ya incorporado en la acusación del Ministerio Público.

Las conductas imputadas en la acusación fiscal eran insuficientes y, la época atribuida por el Ministerio Público para la comisión del delito era desde el año 2015, lo que hacía aplicable la ley antigua; como no se tenía certeza, se optó por la fecha en que tuvo lugar la incautación que fue el 13 de noviembre de 2017, quedando enmarcada en los nuevos tipos penales con la modificación de la Ley N°21.020.

Se dedujo además por primera vez desde la modificación legal de la Ley N°20.380, Demanda Civil respecto de ambos acusados, autores de los delitos de maltrato animal previstos y sancionados en el art. 291 bis y 291 ter del Código Penal, en relación a lo dispuesto en el art. 12 de la Ley N°20.380.

3.3 Sentencia

Se absolvió a D.A.S.M, de ser autor del delito de maltrato animal, reiterado, cometido en el mes de noviembre del año 2017, en la comuna de La Florida, Santiago y se condenó a C.A.L.A, a la pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, y multa de dos unidades tributarias mensuales, más las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de maltrato animal, previsto y sancionado en el inciso primero del artículo 291 bis del Código Penal, cometido en el mes de noviembre del año 2017, en la comuna de La Florida, de esta ciudad y comiso de los perros a excepción de uno.

Dándose los requisitos previstos la Ley N°18.216, se concedió el beneficio de la remisión condicional de la pena impuesta y además, se obligó a cumplir las siguientes condiciones:

- a. Residir en un lugar determinado, que podrá ser propuesto por el condenado y, el que podrá ser cambiado por Gendarmería de Chile en casos calificados por la referida institución.
- b. Someterse al control administrativo y asistencia a la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de la manera que lo determina el Reglamento de la Ley N°18.216, en su letra b) del artículo 5°.

- c. Ejercer una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio dentro del plazo y modalidades que determine la Sección de Tratamiento en el Medio Libre.

3.4 Aspectos relevantes del Fallo

En lo penal: los sentenciadores tuvieron por acreditado, según da cuenta el considerando Undécimo, que “En noviembre de 2017, 32 perros de la raza Pitt Bull y Staffordshire Bulterrier, se encontraban en el domicilio del acusado L.A en la comuna de La Florida; estos animales estaban a su cargo y no eran alimentados adecuadamente, carecían de agua constante para su hidratación y sus atenciones médicas y sanitarias no se encontraban al día, que el estado físico de los caninos dejaba en evidencia que eran víctima de maltrato animal”.

El tribunal en el considerando duodécimo, estableció como fecha de la comisión del delito, el día 13 de noviembre de 2017.

Los razonamientos expuestos en la sentencia, revelan una errada aplicación del tipo penal, correspondiente al artículo 291 bis inciso primero del Código de la materia, según se desprende del considerando Décimo quinto del fallo: “El hecho de que L.A no alimentase en forma adecuada a sus animales provocando en ellos una condición corporal deficiente o, que en el lugar en que ellos permanecían no reuniera las condiciones suficientes para evitar que se infectaran por picadas de moscas, o que los albergue que les proveía no tenían las calidades ni cualidades que les permitiera guarecerse, ya sea del sol del verano o del frío en invierno y, por último que no estuviesen controlados por médico veterinario alguno demostrando con ello una desprotección a la salud individual de sus perros, constituyen un maltrato o crueldad (...) subsumiéndose jurídicamente dicha conducta en el inciso primero del artículo 291 bis toda vez que, la conducta desplegada por L.A si bien es cierto da cuenta de una conducta negligente ya sea por acción u omisión no se acreditó que el daño o las lesiones que daban cuenta a los menos tres de sus animales fuese producto de una acción u omisión del acusado”.

Cabe señalar, que el imputado vivía con los animales y su familia en La Florida y según sus propios dichos, era criador de estas razas; bajo ese entendido, era imposible que la conducta negligente no fuese producto de la infracción a su deber de garante; el Tribunal describe las omisiones en que L.A incurrió, así como, las lesiones y daños físicos que quiso incluir, ya que existían muchas otras acreditadas.

No consideró los graves trastornos etológicos provocados por la sujeción de gruesas cadenas de dos metros, estacadas en el suelo, forma de tenencia conocida como yarda, cuyo objeto era exacerbar su agresividad, estrés y desesperación, potenciando su carácter de perros de línea destinados para peleas.

En sentencia pronunciada en Juicio Oral sobre delito de maltrato animal, seguido ante el Tribunal Oral en Lo Penal de San Felipe, RIT 21- 2019, de 27/8/2019 consignó en su considerando decimo noveno, respecto a las conductas punibles, consideradas como maltrato: "Por otra parte fue abonado en autos que el encausado mantenía dos perros -un bulterrier y un pitbull - amarrados con una cadena de no más de dos metros, anclada al piso, sin alimentos ni agua a disposición; aquello fue observado por los oficiales Gonzalo García y Edgardo Rodríguez, cuando concurren al sitio del suceso, y apreciado por el Tribunal en las imágenes 1 y 6 del set acompañado por el persecutor. La testigo María Soledad Elgueta Tirado, agrega que el bulterrier que ella vio amarrado, quedaba a merced de los condiciones climáticas, por lo tanto, si hubiera llovido, se hubiera mojado, sin poder cubrirse, porque precisamente estaba atado.

Que no justifica lo anterior lo dicho por el encausado que mantenía estos perros de esa forma, por ser peligrosos y agresivos, ello pues de tratarse de perros de esta naturaleza, es deber de su cuidador el mantenerlos en un lugar que no ponga en peligro la integridad de otros animales, así como de los humanos, mas sin desatender las necesidades de éstos, por lo que un amarre de dos metros, para un animal que, de por sí, tiene energía que gastar, sin duda acrecienta sus niveles de ansiedad, pudiendo derivar en conductas agresivas".

3.5 Conclusión

La condena impuesta en la especie, constituyó una errada y retrógrada interpretación del artículo 291 bis, no acorde con la evolución del tipo penal, en cuanto al bien jurídico protegido y el resultado de la conducta; desde una perspectiva técnica, demuestra que este Tribunal desconocía lo que es el bienestar animal.

A este respecto, la Organización Mundial de la Salud Animal (OIE), única organización mundial encargada, en su calidad de organismo intergubernamental, de elaborar las normas relativas al bienestar animal, ha definido el bienestar animal según su Código Sanitario para los Animales Terrestres como, "(...) el estado físico y mental de un animal en relación con las condiciones en las vive y muere".

Los principios de la OIE sobre bienestar animal también mencionan las 'Cinco Libertades', que se publicaron en 1965 para describir el derecho al bienestar que [...] tienen los animales que se encuentran bajo el control del ser humano:

libre de hambre, sed y desnutrición;

libre de miedos y angustias;

libre de incomodidades físicas o térmicas

libre de dolor, lesiones o enfermedades; y

libre para expresar las pautas propias de comportamiento"¹¹.

¹¹ MOLFES, Isidro. Bienestar Animal en la producción de huevos de consumo. [en línea:14/05/2020]. Disponible en: www.las-plumas-ala.com

Esta concepción de bienestar animal como bien jurídico protegido, fue adoptado de forma expresa por nuestra legislación en la última modificación del año 2017, como se aprecia al analizar los resultados que produzcan los actos de crueldad (daño, lesiones o muerte), que según el caso incrementará el quantum de la pena, lo que no se condice con el criterio aplicado, el cual se basa en un fallo del año 2008, donde regía la norma vigente del año 1989.

Tampoco consideró lo expuesto en nuestra teoría del caso, en el entendido que ambos imputados se conocían desde que fueron imputados en causa sobre maltrato animal por peleas de pitbulls, seguida ante el Juzgado de Garantía de San Bernardo, RIT 1122-2010, proceso en el cual D.S fue absuelto y C.L fue condenado con fecha 27 de julio de 2011 a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, más accesorias.

En lo Civil: solo me resta señalar, que no obstante haber sido considerado el artículo 12 de la Ley N°20.380 como una indemnización civil de carácter especialísima, cuestión sanjada por el 14° Juzgado de Garantía de Santiago, tribunal competente que conoció la causa y ante el cual se celebró la audiencia de preparación de juicio Oral. El auto de apertura incluyó la acción civil incoada y no obstante encontrarse firme e iniciado el juicio el Tribunal colegiado incidentó de oficio esta acción civil, promoviendo un nuevo debate, anticipando su decisión al desestimar la acción; infringiendo las normas constitucionales del debido proceso.

Actualmente, la rescatista Andrea Cazés fundadora de Figth 4 Pits, continúa cuidando de aquellos pitbulls que aún no han sido adoptados y esperan un hogar, rehabilitándolos con un trato digno y afectuoso.

4. CRIADERO ILEGAL EN LLAY LLAY, SAN FELIPE

4.1 Procedimiento

Juicio Oral ante Tribunal Oral en Lo Penal de San Felipe, Región Metropolitana, Jueces Titulares: Rodrigo Cortés Gutiérrez, Paola Hidalgo Benavente, Alejandra Araya Fuentes; Rit. 21- 2019. Ministerio Público c/ Gonzalo Rebolledo Robles.

4.2 Hechos de la Imputación

4.2.1 Acusación del Ministerio Público y la Querellante Particular Organización por la Protección y Respeto de los Animales (OPRA):

El día 22 de julio de 2018 alrededor de las 13:30 horas personal de la PDI perteneciente a la Brigada Investigadora de delitos contra el Medio Ambiente, concurrieron hasta la Parcela N° 313 del Fundo La Estrella, kilómetro 69 de la Ruta 5 Norte comuna de Llay-Llay, lugar donde tenían antecedentes que existía un número indeterminados de canes en muy malas condiciones, al llegar al lugar

se entrevistaron con el propietario de estos animales, el imputado don G.A.R.R, quien autorizó el ingreso al lugar percatándose de la existencia de 21 perros de diferentes razas en muy malas condiciones de tenencia ya que se encontraban en espacios reducidos, encadenados, algunos sin agua ni alimento a disposición, y otros con agua de muy mala calidad, y a simple vista se observaba que tenían diferentes patologías físicas y de salud, además en el lugar se encontraban 3 ejemplares canes muertos. Cabe indicar que los animales se encontraban de la siguiente forma:

Un canino de raza Bull Terrier, amarrado con una cadena de 2 metros anclada a una estaca, sin agua ni comida a disposición. Dieciséis caninos de diferentes razas y tamaños, que se encontraban en una construcción de material ligero, en un ambiente desaseado, sin agua y sin alimento, de diferentes razas entre

Bulldog Inglés, Bulldog Francés, Stafford Shire, cannes de Raza Pug, Bull Terrier, Mestizo Belga, Pitbull, que se encontraban en pésimas condiciones de salud, que ya algunos se encontraban con ceguera, otro con deformidad de uno de sus miembros delantero izquierdo y otro con problemas intestinales. Un canino Bull Terrier de color negro, que manifiesta conductas estereotipadas por estrés, amarrado con una cadena y sin agua y sin comida. Un canino de raza Pitbull encadenado, sin agua y sin alimento.

Además de 2 cannes de raza Pastor Belga, que se encontraban libres y uno de ellos tenía cojera en un miembro posterior izquierdo.

En el lugar los animales fueron examinados por el Subcomisario don Gonzalo García Araya, quien en su calidad de médico veterinario, se percató que el lugar estaba desaseado, que los ejemplares se encontraban en espacios reducidos o encadenados, sin agua y sin alimento y con diferentes patologías físicas y de salud.

En el mismo lugar se encontraba el cuerpo sin vida de un can que al parecer era de raza Pug, además de 2 cannes muertos, que al parecer eran cachorros de raza Pastor Belga.

En cuanto a la Calificación Jurídica, el Fiscal Julio Palacios sostuvo que los hechos descritos eran constitutivos del delito consumado de maltrato o crueldad con animales, con resultado de muerte, previsto y sancionado en el artículo 291 bis del Código Penal, correspondiéndole participación en calidad de autor ejecutor del ilícito, conforme lo establece el artículo 15 No.1 del Código Penal, siendo la pena requerida, 3 años de presidio menor en su grado medio y multa de 30 unidades tributarias mensuales, inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia

de animales, accesorias y comiso de todos los animales que el imputado tenía en su propiedad y que se encontraban al cuidado de rescatistas de animales, no reconociendo circunstancias modificatorias de responsabilidad.

La querellante, calificó los hechos descritos, como: **1)** delitos reiterados de maltrato animal, artículos 291 bis inciso segundo y 291 ter del Código Penal, en grado consumado; **2)** delitos reiterados de Maltrato animal, artículos 291 bis inciso tercero y 291 ter del Código Penal, en grado consumado; en ambos delitos, le ha correspondido participación en calidad de autor, artículo 15 N° 1 del Código Penal; ello porque se consideran como individuos distintos, unos con resultado de daños y lesiones y otros con resultado de muerte; bajo esta lógica se solicitaron dos penas por delitos reiterados (artículo 351 del Código Procesal Penal).

En cuanto a circunstancias modificatorias de responsabilidad, se estimó que no concurrían atenuantes y le perjudican dos agravantes contempladas en el artículo 12 N°4, aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución y 16, haber sido condenado por delito de la misma especie, ambos del Código Penal; solicitando para el acusado penas distintas de conformidad a los distintos resultados, en los primeros delitos imputados 4 años de presidio menor en su grado máximo, multa de 30 UTM y accesorias, inhabilidad perpetua para tener animales y en los segundos, cuyo resultado fue la muerte, 5 años de presidio menor en su grado máximo y multa de 30 UTM , más accesorias e inhabilidad perpetua para tener animales y el comiso de las especies.

4.3 Sentencia

Se condenó a G.A.R.R a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, multa de treinta unidades tributarias mensuales, penas accesorias y la inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de animales, como autor ejecutor del delito consumado de maltrato o crueldad con animales, causando daños, lesiones y muerte, cometido el 22 de julio de 2018 en la comuna de Llay-Llay; reuniéndose en este caso los requisitos del artículo 8° de la Ley N°18.216, se sustituyó al sentenciado el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta por la pena de reclusión parcial, por igual periodo que la pena privativa de libertad que se sustituye, bajo la modalidad de la reclusión nocturna, consistente en el encierro en un establecimiento especial de Gendarmería de Chile, entre las 22:00 horas de cada día hasta las 06:00 horas del día. Además el comiso de 21 perros incautados en este procedimiento.

4.4 Aspectos relevantes del Fallo

Desde una perspectiva procesal, este fue el primer juicio oral efectuado ante un Tribunal Oral en Lo Penal en Chile para el delito de maltrato o crueldad animal y con una condena histórica por la pena y su forma de cumplimiento.

En cuanto a los elementos del tipo, el fallo en su considerando Décimo Noveno señala respecto al bien jurídico protegido:

“(…) Así entonces, podemos entender que el legislador, con esta norma, en general, ha adoptado parte de lo que postula la doctrina y derecho internacional contemporáneos, en cuanto se establecen derechos para animales no humanos, los que si bien son irracionales (entendiendo la racionalidad como la capacidad para percibir, y por ello pensar acerca de las razones para nuestras creencias y acciones), con seguridad son seres animados y sintientes; acepción esta última proveniente de la capacidad de sentir, esto es, de experimentar sensaciones producidas por causas externas o internas; o experimentar una impresión, placer o dolor corporal”.

Conducta típica consistente en actos de maltrato o crueldad, se remite a las definiciones de el Diccionario Real de la Academia Española, para luego declarar: “Así es como se ha indicado que `utilizando un razonamiento sistemático, es dable afirmar (...) que tal conducta debe poseer aptitud para causar un resultado básico: el dolor del animal en cuestión, a través de la alteración de ciertos parámetros mínimos que para la ciencia contemporánea, configuran lo que se ha denominado bienestar animal”¹².

En cuanto al objeto material del ilícito se entiende como uno o más animales y en relación a los medios comisivos hace referencia a lo dispuesto en el artículo 291 ter del Código Penal, siendo posible la conducta típica de omisión, por quien tiene la obligación de garante, en términos de evitar el daño, dolor o sufrimiento del animal; posición que liga al sujeto activo con el bien jurídico tutelado.

En cuanto a las agravantes planteadas por la querellante, estimó “No obstante lo anterior, debemos consignar que si bien se han establecido una serie de consecuencias perniciosas para la salud de los animales objeto del delito, éstas forman parte del tipo penal por el que se ha acusado, estando vedado al tribunal considerarlas nuevamente para aumentar la pena –artículo 63 del Código Penal–”. Y en cuanto a la N°16 “ (...) la reincidencia propia específica, argüida por la querellante, si bien se ha dado cuenta durante el juicio y en la audiencia de determinación de pena que G.A.R.R, con fecha 27 de julio de 2011 fue condenado por el Juzgado de Garantía de San Bernardo en causa RIT 1122-2010, RUC 1000076094-9, a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, más una multa de 6 unidades tributarias mensuales, como autor del delito consumado de maltrato animal consumado, lo cierto es que no se ha allegado a estrados la sentencia definitiva que da cuenta de la época en que éstos hechos se habrían cometido, teniendo para estos efectos únicamente la elucubración del fiscal

¹² MELLA, Rodrigo. Evolución Jurisprudencial del Delito de Maltrato o Crueldad Animal en Chile. *D.A. Derecho Animal*. Barcelona, España. 2018. 3(9):147-176. p.156

que por su número de RUC habría ocurrido en el año 2010, de manera que siendo un simple delito se encuentra en la hipótesis a que se refiere el artículo 104 del Código Punitivo, no pudiendo considerarla el tribunal para estos efectos”.

4.5 Conclusiones

La sentencia pronunciada en este juicio, analiza de forma rigurosa la conducta punible y la gravedad del delito, aplicando una pena inédita pero plenamente ajustada a derecho por el resultado de muerte producido por el condenado.

Refleja el largo camino transitado desde la existencia del delito de maltrato animal, a través del cambio de perspectiva del bien jurídico protegido en la norma a la salud y bienestar animal. Reconoce a los animales como seres sintientes, capaz de experimentar emociones y dolor, apreciado al momento de establecer la pena en base a un resultado; por otro lado, refrenda lo resuelto en el Juicio de Ramba, al considerar dentro de los medios comisivos la omisión, actualmente expresado en el artículo 291 ter del Código Penal.

Sin perjuicio de ello, subsume las lesiones generadas a los otros animales en el resultado más grave, la muerte, considerándolos como un solo delito, lo que no comparto.

La norma del artículo 291 bis, distingue tres tipos de sanciones dependiendo del resultado, lo que permite considerar que se trata de delitos distintos, donde existe una pluralidad de hechos, que generan respecto de distintos individuos, resultados diversos; ante lo cual podría tener lugar un concurso real de delitos, pero no un concurso ideal ya que no se trata de un solo hecho.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- › GARRIDO, Mario. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. (2° edición). Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- › MELLA, Rodrigo. Evolución Jurisprudencial del Delito de Maltrato o Crueldad Animal en Chile. *D.A. Derecho Animal*. Barcelona, España. 2018. 3(9):147-176.
- › MOLFES, Isidro. Bienestar Animal en la producción de huevos de consumo. [en línea:14/05/2020]. Disponible en: www.las-plumas-ala.com
- › SINGER, Peter. Animal Liberation. *The New York Review of Books*. New York, EE.UU. 2003. 8(50).

NORMATIVA CITADA

- › Ley N°18.859. Chile (29/11/89). Modifica el Código Penal, en lo relativo a la Protección Animal. Ministerio de Justicia.
- › Ley N°20.380. Chile (3/10/09). Sobre Protección de Animales. Ministerio de Salud. Subsecretaría de Salud Pública.
- › Ley N°21.020. Chile (02.08.17) Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía. Ministerio de Salud.

JURISPRUDENCIA CITADA

- › Juzgado de Garantía de San Bernardo. Ministerio Público contra Maluenda Quezada. Sentencia Juicio Simplificado (20.03.13). Rit. 8023- 2011

SOBRE LA PENA ACCESORIA DE INHABILIDAD ABSOLUTA PERPETUA PARA TENENCIA DE ANIMALES A PROPÓSITO DE UN CASO DE MALTRATO ANIMAL

JOSÉ BINFA ÁLVAREZ

ABOGADO, UNIVERSIDAD MAYOR

FUNDADOR Y DIRECTOR DE FUNDACIÓN ABOGADOS POR LOS ANIMALES (APLA)

I

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo comenta un caso de maltrato animal resuelto por el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal en los autos RIT 3-2020, con resultado condenatorio del 28 de febrero de 2020, por dicho delito. Se utilizará este fallo para abordar la sanción de inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de animales, introducida en nuestro ordenamiento por la Ley N° 21.020 sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía, explicando su alcance, así como también exponer las dificultades que ella enfrenta con miras a desempeñar un rol preventivo. Se analizarán las normas vigentes, comparándolas con la regulación de esta clase de inhabilidad contenida en el ordenamiento jurídico español, se explicará porqué es necesario una reforma para dotarla de mayor eficacia a este delito y se expondrá una propuesta existente al respecto.

II

EL CASO

Con fecha 26 de febrero del año 2019, aproximadamente a las 01:30 horas de la madrugada, en un domicilio ubicado en Avenida Ossa, comuna de La Cisterna, un hombre adulto procede a realizar actos de maltrato y crueldad sobre su perro mestizo de pastor belga de nombre Drax, consistente en apretarle su cuello y asfixiarlo hasta causar su muerte. Este hecho ocurrió en el patio frontal del domicilio, a vista de vecinos del sector quienes, ante los gritos y ladridos del can, procedieron a llamar a Carabineros de Chile para denunciar este hecho.

Ante la denuncia de los vecinos, se inició procedimiento policial, practicándose la detención del autor de iniciales R.M.R.A, en flagrancia, pasando a control de detención ese mismo día. Con posterioridad, se presentaron querellas por las organizaciones Fundación Derecho y Defensa Animal, PROAYA La Cisterna, Fundación ARCA y Fundación

Abogados por los Animales (APLA) ante el 11° Juzgado de Garantía de Santiago, en los autos RIT 1867-2019, en las cuales, en resumen, se sostuvo que la calificación jurídica de estos hechos corresponde a delito de maltrato animal contemplado y sancionado en el artículo 291 bis inciso tercero, en relación al artículo 291 ter, ambos del Código Penal, esto es, la figura de maltrato animal con resultado de muerte.

Este caso llegó a juicio oral, siendo competente el 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 3-2020, el cual celebró el correspondiente juicio oral el día 28 de febrero del presente año. El resultado fue la condena del autor de estos hechos, a la pena de 541 días de presidio menor en grado medio, multa de 2 UTM y pena accesoria de inhabilidad perpetua para la tenencia de animales, además de la accesoria legal suspensión de todo cargo u oficio público mientras dure la condena. Al verificarse los requisitos legales, la pena corporal impuesta fue sustituida por remisión condicional de acuerdo con las normas de la Ley N° 18.216, sobre penas sustitutivas.

Tras la condena, la defensa del condenado presentó recurso de nulidad el día 10 de marzo de 2020, fundando dicho recurso en la causal de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 342 letra c), alegando que el análisis efectuado sobre la prueba no cumple con los requisitos del artículo 297 del Código Procesal Penal, por lo que el fallo no cumpliría con los principios de la lógica, especialmente con el de razón suficiente. Este recurso de nulidad fue conocido y declarado admisible por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel en causa Rol de Ingreso Corte 607-2020, y con fecha 22 de mayo del presente año fue resuelto, declarando la Corte que la sentencia recurrida no era nula, ya que estimó que la prueba rendida si fue valorada de forma legal y se estableció, más allá de toda duda razonable, la existencia de los hechos denunciados.



ACERCA DE LA NUEVA PENA DE INHABILIDAD

La Ley N° 21.020, además de establecer normas propias de la tenencia responsable de animales de compañía, introdujo una serie de modificaciones al delito de maltrato animal contemplado en el artículo 291 bis del Código Penal, las cuales se podrían resumir en: contemplar el abandono de animales explícitamente como maltrato animal, definir el maltrato animal, graduar la pena de acuerdo a la entidad del resultado lesivo del maltrato y establecer una nueva pena accesoria consistente en la inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de animales.

Esta inhabilidad constituye una sanción completamente inédita para nuestra legislación en cuanto a delito de maltrato animal, pues anteriormente solo se establecían penas de presidio y/o multa. Esto, en la práctica generaba dificultades

para efectos de perseguir el delito de maltrato animal y tener penas efectivas, pues la baja penalidad de este delito implica en muchas ocasiones la adopción de suspensiones condicionales del procedimiento en los términos del artículo 237 y siguientes del Código Procesal Penal o la sustitución de las penas corporales por penas sustitutivas en relación con la Ley N°18.216 que regula dicha institución. Tras la modificación indicada, se ha abierto la puerta para que los tenedores de animales que sean condenados por estos delitos en los casos de los incisos segundo y tercero (esto es, cuando se causa, daño, lesiones o la muerte al animal) queden inhabilitados de forma perpetua para la tenencia, lo cual es una mejora significativa en cuanto a la regulación de este delito.

Sobre las penas accesorias, en nuestro medio nacional ha existido escasa atención sobre su naturaleza¹ no obstante, en mi opinión se tratarían de medidas de carácter punitivo que buscarían perseguir fines preventivos, en este caso, de prevención especial evitando que determinados sujetos condenados por delitos merecedores de -en este caso- inhabilidades, pongan en riesgo nuevamente aquellos bienes jurídicos contra los cuales han atentado, reincidiendo. En España, cuyo Código Penal posee una inhabilidad similar, se ha sostenido que el fin de esta pena es incapacitar y evitar la reincidencia alejando al autor de los animales, lo cual también podemos entender en el sentido de la prevención especial sostenida en este trabajo². Así las cosas, el fundamento criminológico de esta inhabilidad es impedir que personas determinadas (en este caso, el tenedor de un animal) puedan en un futuro volver a causar daño, dolor o sufrimiento al mismo animal u otros³.

Por último, en relación con el tema de este trabajo, la ley N° 21.020 también modificó el artículo 90 del Código Penal, que aborda las penas que se incurren al quebrantar una sentencia, señalando en el numeral 5° de dicho artículo que el quebrantamiento de esta inhabilidad tendrá como condena la reclusión menor en grado mínimo o multa de 6 a 20 UTM, facultando a doblar dicha pena en caso de reincidencia.

-
- 1 Al respecto, véase CURY, Enrique. *Derecho penal parte general*. (9° edición), Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2009. p.745-740; MALDONADO, Francisco. Penas accesorias en Derecho Penal. *Ius et Praxis*. Talca, Chile. 2017. 23(1):305-366.
 - 2 MESÍAS, Jacobo. Los delitos de maltrato y abandono de animales en el Código Penal español. *dA.Derecho Animal*. Barcelona, España. 2018 9(2):66-105. p97.
 - 3 BERNUZ, María José. ¿Castigos (eficaces) para delitos contra los animales? Repensando la respuesta al maltrato animal. *InDret*. Barcelona, España. 3(1).2020: 394-423. p. 417.

IV

ASPECTOS CRÍTICOS DE LA PENA DE INHABILIDAD

Si bien podemos considerar como un hecho positivo la inclusión de esta pena de inhabilidad, en atención a los fundamentos que ella posee, se advierte que su actual configuración resulta deficitaria, poniendo en riesgo concretar su fin preventivo por las siguientes consideraciones:

1. El concepto de tenencia de animales es ambiguo. Si bien la Ley N° 21.020 aborda la Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía, en ella no podemos encontrar una definición de quien es tenedor, usándola como sinónimo de dueño, por lo que tenemos que acudir a criterios propios del derecho civil. En este sentido, *a priori* podemos entender como tenedor de un animal a quien es, a lo menos, poseedor de éste en los términos del artículo 700 del Código Civil. No obstante, también se puede articular el concepto de tenedor considerando las normas del Reglamento de la Ley N° 21.020 del Decreto N°1007 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública de fecha 17 de agosto de 2018, que en su artículo 1° letra x) define al tenedor responsable como “el dueño o poseedor de una mascota o animal de compañía, o aquella persona natural o jurídica que asume la tenencia responsable de un animal que reiteradamente alimenta, alberga y utiliza para fines de compañía, trabajo, vigilancia u otros” ampliando la noción del mismo y otorgándonos una interpretación que permite aplicar la inhabilidad a quien reiteradamente alimente o de albergue a un animal, o lo use para fines de compañía, trabajo o vigilancia.

Ahora bien, tenemos que hacer la prevención que la conceptualización anterior solo será aplicable para animales de compañía tal como se señaló, los cuales de acuerdo con el artículo 2 N°1 de la Ley N° 21.020 son “aquellos animales domésticos, cualquiera sea su especie, que sean mantenidos por las personas para fines de compañía o seguridad. Se excluyen aquellos animales cuya tenencia se encuentre regulada por leyes especiales”, concepto que a su vez debe ser complementado con el de animal doméstico contemplado en el artículo 608 del Código Civil que considera a aquellos como “los que pertenecen a especies que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, como las gallinas, las ovejas”. De esta forma, en aquellos casos de animales que no sean considerados de compañía, solo será aplicable la inhabilidad para quien tenga la calidad de dueño o poseedor.

Por último, aporta más a la ambigüedad que no se defina qué tipo de animales son objeto de esta prohibición. Así, se ha sostenido por algunos que una aplicación estricta permitiría incluso prohibir la tenencia de animales en cualquier estado, estén estos vivos o muertos⁴, cuestión que, en mi opinión, no es del todo efectiva pues el

4 En este sentido se han manifestado en la doctrina español, entre otros: Op. cit. MESÍAS, Jacobo(2018). p. 97.

bien jurídico de este delito según la opinión mayoritaria es el bienestar animal y salud del individuo animal afectado⁵.

2. El concepto de tenencia de animales es insuficiente. El maltrato animal es un delito común que no requiere un sujeto especial, por lo que no es necesario que su autor tenga una vinculación con el animal afectado. En este sentido, es posible encontrar empíricamente situaciones en que un animal sea maltratado por personas que no cuenten con la calidad de “tenedor” del mismo en los términos ya señalados, sino que, por ejemplo, puede ocurrir que quien realice la conducta de maltrato animal sean personas que convivan, cohabiten, trabajen con ellos o incluso los comercialicen⁶.

Este aspecto ha sido abordado en el Código Penal español, estableciéndose en el delito de maltrato animal y abandono de animales de los artículos 337 y 337 bis⁷ la “inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales”. En dicha regulación, también subsiste la ausencia de una mención a la convivencia o cohabitación con animales, cuestión que también ha sido criticada en el mismo sentido por la doctrina española⁸, ante lo cual Ríos señala “será suficiente con garantizar que quienes realmente tienen bajo su dominio al animal (cuidándolo y ocupándose de él) son personas distintas al condenado”⁹, por lo que el animal seguiría expuesto a ser maltratado nuevamente.

5 Véase MAÑALICH, Juan Pablo. Animalidad y Subjetividad. Los Animales (No Humanos) como Sujetos-de-Derecho. Revista de Derecho. Valdivia, Chile, 2018. 31(2): 312-337. p.324

6 En el mismo sentido LEIVA, Carolina. El delito de maltrato animal en Chile: Historia del artículo 291 bis y análisis crítico a la luz del nuevo tipo penal incorporado por la ley N° 21.020. En: CHIBLE VILLADANGOS, María José y GALLEGOS SAADE, Javier (eds.). Derecho Animal Teoría y Práctica. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 2018. p. 422.

7 Artículo 337.

1. Será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión e inhabilitación especial de un año y un día a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales, el que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o sometiéndole a explotación sexual, a

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

Artículo 337 bis.

El que abandone a un animal de los mencionados en el apartado 1 del artículo anterior en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad será castigado con una pena de multa de uno a seis meses. Asimismo, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

8 En este sentido, véase Op. cit. MESÍAS, Jacobo. (2018). p. 98; y Op. cit. BERNUZ, María José. (2020). p. 417.

9 RÍOS, José Manuel. Nuevos tiempos para el delito de maltrato de animales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada, España. 2016. 18(17):1-55. p.40

3. Fiscalización y cumplimiento de la inhabilidad. Por último, si bien la Ley N° 21.020 en su artículo 5° crea ciertos registros relacionados a la materia que regula, ninguno hace alusión a la pena accesoria en comento, rigiéndose por las normas generales, esto es, solo se contempla su registro en el extracto de filiación y antecedentes y en el certificado de antecedentes penales del Registro Civil.

A diferencia de otras inhabilidades como las contempladas en los artículos 39 bis y 39 ter del Código Penal, la inhabilidad para la tenencia de animales no contempla un sistema de registro, por lo que su fiscalización se ve dificultada en casos como, por ejemplo, la adquisición de un animal, o al trabajar en profesiones u oficios que impliquen algún grado de vínculo con animales. Mención aparte requiere la reubicación de animales contemplada en el Reglamento de la Ley N° 21.020 ya individualizado, la cual es una de las políticas que implementa la actual legislación de tenencia responsable para abordar la problemática del abandono de animales y, así, rehabilitar animales de compañía rescatados del abandono. En efecto, el artículo 1 letra w) del Reglamento entiende a la reubicación como la “entrega de una mascota o animal de compañía rescatado del abandono a un tercero no inhabilitado, que voluntariamente asume su tenencia responsable, sea de forma temporal o definitiva”, en relación con esto, el artículo 26 del Reglamento señala los requisitos para recibir animales reubicados y contempla en la letra d del mismo artículo la circunstancia de no estar inhabilitado para la tenencia como un requisito. Esto último cobra importancia a la hora de inscribir al animal en el Registro Nacional de Mascotas o Animales de Compañía, lo cual deberá ser probado con una declaración jurada simple tal como dispone el artículo 46 del Reglamento, en circunstancias que con la existencia de un sistema registral de inhabilitados para la tenencia se podría facilitar la fiscalización de este impedimento, sin tener que simplemente depender de la buena fe de quien esté solicitando la inscripción.

Sobre esto último, la inhabilitación del Código Penal español padece de la misma deficiencia, pues tampoco se contempla un registro de maltratadores de animales¹⁰. Este tipo de registros actualmente operan en diversos estados de los EE. UU, con similitudes a los registros para condenados por delitos sexuales, siendo un ejemplo de esto la Registration Act de 2015, del estado de Tennessee, que crea una base de datos pública sobre esta materia¹¹. Con todo, en el modelo estadounidense, en atención al carácter estatal de cada uno de estos registros, se ha señalado la necesidad de contar con un registro de carácter nacional para un mejor seguimiento de los maltratadores y estandarizar la información sobre aquellos¹².

¹⁰ Op. cit. BERNUZ, María José. (2020) p. 417.

¹¹ FAVRE, David. Next steps for animal rights. *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*. Barcelona, España. 2009, 1(10): 21-24. p. 23.

¹² Un análisis e implicancias de esto, se puede encontrar en NOWICKI, Stacy. On the lamb: Toward a national animal abuser registry. *Animal Law*. Michigan, EE.UU. 2010. 17(1):197-242.

Volviendo al caso que motivó este trabajo, si bien el condenado está inhabilitado para la tenencia de animales, es decir, no puede ser tenedor responsable de animales en los términos del artículo 1 letra x) del Reglamento de la Ley N° 21.020, nada impediría que él conviva con otros animales de compañía e incluso pueda trabajar en alguna profesión u oficio que implique contacto directo con ellos, por lo que el fin preventivo que persigue dicha pena fracasa indudablemente.



HACÍA UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*.

Con las críticas anteriormente expuestas, queda en evidencia que la figura de la inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de animales, si bien constituye un aporte novedoso, requiere una revisión que supere estas críticas, robusteciéndola y mejorando su aplicación práctica. En este sentido y tal como se ha adelantado, puede servir de base la actual regulación española sobre la materia en los artículos 337 y 337 bis del Código Penal español, ya señalada en los apartados anteriores. Sin perjuicio de lo anterior, y pese a considerar esta redacción un poco más acabada que la contemplada en nuestra legislación, hay que tener presente que esta pena accesoria no se hace cargo de la convivencia o cohabitación con animales, tal como se señaló en su oportunidad.

En sintonía con las críticas expuesta, podemos encontrar en nuestro Congreso Nacional, el proyecto de ley boletín N°10895-07, que “Modifica diversos cuerpos legales relativos a delitos que afectan a los animales para otorgarles una efectiva protección en materia penal”. Dicho proyecto fue presentado el día 7 de septiembre de 2016 por la bancada PARDA (Parlamentarios por la Dignidad Animal) en la Cámara de Diputadas y Diputados y se encuentra inspirado en gran parte por la regulación del maltrato animal de España que se indicó, con algunas mejoras. Si bien algunas partes de este proyecto se encuentran actualmente desactualizadas por cuanto tiene una fecha anterior a la promulgación de la Ley N°21.020, es posible advertir que tiene aspectos que siguen vigentes. Así, sobre la inhabilidad, esta propuesta se hace cargo de cada una de las críticas mencionadas en este trabajo, de la siguiente forma:

1. Se amplía la inhabilidad. Se propone la siguiente redacción que incluirían aquellos aspectos relacionados a los casos en que el maltratador conviva, cohabite, trabaje o comercialice animales:

“Inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con animales y para su tenencia, así la como inhabilitación para la convivencia con ellos en el mismo domicilio, las que podrán ir desde un año a la inhabilitación perpetua”.

2. Se define el alcance de la inhabilidad. Este proyecto incorpora un nuevo artículo 39 ter al Código Penal que prescribe que la inhabilidad implica:

“1º La privación de todos los cargos, empleos, oficios, profesiones y comercios que tengan relación con animales o que involucren una relación directa y habitual con animales;

2º La incapacidad para obtener los cargos, empleos, oficios, profesiones y comercios mencionados durante el periodo de duración de la pena, y

3º La incapacidad para la tenencia, convivencia, crianza o adquisición, a cualquier título, de animales”.

3. Crea una sección especial en el Registro Nacional de Condenas. Para mejorar la fiscalización de esta inhabilidad y dotar de una aplicabilidad efectiva a ella y su sanción contenida en el artículo 90 del Código Penal, el artículo segundo del proyecto señalado indica:

“Incorpórense las siguientes modificaciones al Decreto Ley 645 de 1925, Sobre el Registro Nacional de Condenas.

1.- Incorpórese el siguiente inciso 4º al Artículo 1º.-

‘El Registro contemplará, a su vez, una sección especial, en los mismos términos establecidos en el inciso anterior, denominada ‘Inhabilitación para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con animales y para su tenencia, así la como para la convivencia con ellos en el mismo domicilio’, en la que se registrarán todas las inhabilitaciones establecidas en el artículo 39 ter del Código Penal y que hubieren sido impuestas por sentencia ejecutoriada’.

2.- Incorpórese el siguiente inciso final al Artículo 6º bis.-

‘Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará igualmente, en lo pertinente y respecto a toda institución pública o privada que por la naturaleza de su objeto o el ámbito específico de su actividad involucren una relación directa y habitual con animales, a la sección especial del Registro establecida en el artículo 1º inciso 3º de la presente ley, respecto de las inhabilitaciones contempladas en el artículo 39 ter del Código Penal. Las organizaciones de protección animal legalmente constituidas podrán también consultar dicha sección para la consecución de sus fines, sujetándose a las limitaciones y restricciones establecidas en los incisos precedentes”.

Con adoptando las modificaciones expuestas, la inhabilidad examinada podría gozar de mayor aplicabilidad en la práctica, facilitando la fiscalización de situaciones en que ella sea indispensable para asegurar la protección de los animales y, de este modo, podría cumplir el fin preventivo-especial para el cual se ha contemplado.

VI CONCLUSIONES.

Como hemos expuesto a lo largo de estas páginas, la inclusión de una inhabilidad perpetua absoluta para la tenencia de animales es un avance indiscutible para la protección penal de los animales. Esta medida cumple una finalidad preventivo-especial que buscaría impedir poner en riesgo a otros animales por acciones de un condenado por este delito.

Si bien la inclusión de esta inhabilidad es un acierto, su actual regulación, en mi opinión, es deficitaria, pues posee es ambigua, no define con claridad su alcance, omite supuestos de cotidiana ocurrencia y no posee herramientas reales para su fiscalización. En el estado actual de su regulación, el fin preventivo-especial está destinado a fracasar pues sería fácil evadirla. Sobre esto y relacionado al caso expuesto al inicio, nada impediría que el condenado R.M.R.A, en caso de haber tenido otros animales, transfiriera su dominio e inscribiera a nombre de otra persona de su hogar; tampoco impediría que siguiera estando en contacto con animales en caso de ejercer un oficio relacionado a ellos, burlándose así en ambos casos el fin preventivo-especial.

Sin perjuicio de este panorama desalentador, existe una propuesta de reforma del delito de maltrato animal que incluye modificaciones a la pena de inhabilidad que se harían cargo de las críticas expuestas en este trabajo. Avanzar en modificaciones como las propuestas en dicho proyecto de ley permitiría asegurar los fines de esta pena y, en definitiva, dotar de mayor eficacia al delito de maltrato animal, sin necesidad de incurrir en una expansión de las penas privativas de libertad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- › BERNUZ, María José. ¿Castigos (eficaces) para delitos contra los animales? Repensando la respuesta al maltrato animal. *InDret*. Barcelona, España. 2020. 3(1): 394-423.
- › CHIBLE, María José y GALLEGO, Javier. *Derecho Animal Teoría y Práctica*. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 2018.
- › CURY, Enrique. *Derecho penal parte general*. (9° edición), Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile. 2009.
- › FAVRE, David. Next steps for animal rights. *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*. Barcelona, España. 2009. 1(10): 21-24.
- › LEIVA, Carolina. El delito de maltrato animal en Chile: Historia del artículo 291 bis y análisis crítico a la luz del nuevo tipo penal incorporado por la ley N° 21.020. En: CHIBLE VILLADANGOS, María José y GALLEGO SAADE, Javier (eds.). *Derecho Animal Teoría y Práctica*. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 2018.

- › MALDONADO, Francisco. Penas accesorias en Derecho Penal. *Ius et Praxis*. Talca, Chile. 2017. 23(1):305-366.
- › MAÑALICH, Juan Pablo. Animalidad y Subjetividad. Los Animales (No Humanos) como Sujetos-de- Derecho. *Revista de Derecho*. Valdivia, Chile. 2018. 31(2): 312-337.
- › MESÍAS, Jacobo. Los delitos de maltrato y abandono de animales en el Código Penal español. *dA. Derecho Animal*. Barcelona, España. 2018. 9(2):66-105.
- › NOWICKI, Stacy. On the lamb: Toward a national animal abuser registry. *Animal Law*. Michigan, EE.UU. 2010. 17(1):197-242.
- › RÍOS, José Manuel. Nuevos tiempos para el delito de maltrato de animales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada, España. 2016. 18(17):1-55.

NORMATIVA CITADA

- › Código Penal. Chile (12.11.1874).

JURISPRUDENCIA CITADA

- › Sentencia Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (28.02.20) Rol N° 3-2020

RECURSO DE PROTECCIÓN (ACOGIDO) CONTRA PARTICULAR, POR MANTENER EN SU DOMICILIO AL INTERIOR DE CONDOMINIO PERROS VIOLENTOS QUE HAN ATACADO A VECINA RECURRENTE

CAROLINA LEIVA ILABACA

ABOGADA, UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE
MAGISTER EN DERECHO ANIMAL Y SOCIEDAD, U. AUTÓNOMA DE BARCELONA
DOCTOR © EN DERECHO POR LA UNIVERSIDAD DE CHILE Y UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA DE BARCELONA
CAROLINA.LEIVA@UAB.CAT

Con fecha 12 de agosto de 2019 la Corte Suprema, conociendo en apelación de un recurso de protección fallado en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Santiago, acoge la acción constitucional de protección del derecho a la integridad psíquica e impone la adopción de determinadas medidas al titular de la tenencia de un perro mordedor, además de instruir a la autoridad sanitaria tener el fallo como suficiente requerimiento fundado para la calificación del can como potencialmente peligroso, de conformidad a la Ley N°21.020 Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía y su Reglamento¹.



INTRODUCCIÓN

Con fecha 7 de octubre de 2019, la Corte Suprema (la "Corte") conociendo en apelación acogió la acción constitucional de protección impetrada por la recurrente en contra de un sujeto tenedor de dos perros de raza Pastor Polaco de Pohdale, fundado en la peligrosidad exhibida por uno de los canes y por su actuar omisivo como tenedor responsable y garante de la seguridad de su entorno, en incumplimiento de lo dispuesto al efecto por la Ley N°21.020, Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía, y su Reglamento.

El recurso en cuestión versó sobre la protección del derecho a la integridad psíquica, consagrado en el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República ("CPR"), derecho que se habría visto afectado a consecuencia del temor permanente que

1 Corte Suprema. Ugarte/Riquelme (07.10.19). Rol N°24.192-2019

habría producido en la recurrente la agresividad y descontrol del perro, el cual era paseado frecuentemente por espacios comunes del condominio en que ambas partes habitan. Este temor permanente fue considerado por la Corte como constituyente de afectación a la integridad psíquica, y la causa de dicho temor vendría dada por el ataque que el mismo can realizare previamente, en septiembre de 2018, en contra de la recurrente en áreas comunes del condominio y en presencia de sus hijos menores. Cabe agregar que dicho ataque causó a la autora un resultado de lesión menos grave en una de sus extremidades inferiores (herida de colgajo en pierna derecha).

A juicio de la Corte, el evento de la mordedura, sumado a la permanencia de los canes en el condominio y el paseo de éstos por áreas comunes, configuran motivo suficiente para considerar que aquejó a la recurrente un temor de una entidad factible de comprometer su integridad psíquica, afectación que, en definitiva, habría sido causada por la acción ilegal y arbitraria del recurrido consistente en su determinación de mantener a los canes en el condominio sin la adopción de determinadas medidas de seguridad y mitigación.

En su fallo, la Corte acoge el recurso y ordena la adopción de ciertas medidas (ya ofrecidas previamente en muy similar tenor por el recurrido) y ordena a la autoridad sanitaria tener el fallo como suficiente requerimiento fundado para la declaración de los canes como potencialmente peligrosos, de conformidad a lo dispuesto por el Decreto N°1007, de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (Reglamento de la Ley N°21.020 sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía).

A modo de contexto, cabe agregar que el recurso de protección se encuentra consagrado en el art. 20 de la CPR². Su objeto principal es el de cautelar el legítimo ejercicio de determinados derechos fundamentales (enumerados taxativamente en el citado artículo) cuando éstos fueren comprometidos vía privación, perturbación o amenaza por parte de un particular o de la autoridad pública a través de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias. Se trata, entonces, de una protección ante determinada situación de hecho que puede exhibirse como una privación (imposibilidad absoluta

2 Artículo 20 CPR: "El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada"

de ejercicio), una perturbación (dificultad de ejercicio) o una amenaza (posibilidad cierta de una futura privación o perturbación) al legítimo ejercicio de una garantía constitucional. Sus aspectos procesales se encuentran regulados a través del Auto Acordado 94/2015 de la Excelentísima Corte Suprema.

Como veremos más adelante en el presente comentario, el fallo de la Corte se exhibe como problemático en tanto, dicho en términos muy simples, resuelve un asunto vía protección que podría – o debería – haber sido resuelto adecuada y suficientemente por la institucionalidad legalmente creada al efecto por la Ley N°21.020 y su Reglamento. En este sentido, la Corte no solo falla un asunto previsto por el ordenamiento jurídico como resolubre por la administración pública, sino que además lo hace sin hacer referencia alguna a porqué actúa en desmedro de la institucionalidad prevista y ninguneando todo el aparataje y engranaje institucional creado por las normas referidas.

II

ANTECEDENTES

Para comprender de mejor forma el conflicto que se ventiló en estos autos – y comprender también de mejor forma aquello en que el fallo se exhibe como problemático –cabe relevar dos antecedentes que aportan de suyo contexto y forma. Me refiero, en primer lugar, a los aspectos de hecho que motivan y fundamentan el recurso y, en segundo lugar, a la existencia de normativa vigente en materia de tenencia responsable de animales de compañía que regula, precisamente, situaciones y conflictos como el de marras.

En primer lugar, los hechos narrados en el recurso dan cuenta de que el viernes 14 de septiembre de 2018, encontrándose la recurrente en la plaza del condominio en compañía de tres de sus hijos, fue atacada por uno de los canes pertenecientes a un vecino, un perro de raza Pastor Polaco de Pohdale, lo que le habría causado una herida de colgajo en la parte posterior del muslo derecho. El perro, previo al ataque, habría logrado soltarse de la sujeción con la cual era paseado (correa) y no habría portado bozal.

Da cuenta la recurrente además de que, con posterioridad al ataque, su marido se comunicó vía correo electrónico con el vecino tenedor de los perros dándole a conocer los hechos, a lo que éste habría contestado que, si bien mantendría a los animales en el condominio y que persistiría en los paseos por el mismo, adoptaría las siguientes medidas: a) uso de bozal en los paseos, b) castración del perro agresor, y c) la contratación de adiestradores para abordar el problema del comportamiento de los perros.

La actora consideró las medidas anunciadas por el tenedor de los animales como ineficaces ante el peligro que representaría su presencia y paseo por el condominio, por lo que recurre de protección.

Así, y en resúmen, los aspectos de hecho relevantes dan cuenta de que: a) un perro muerde a vecina en áreas comunes de un condominio; b) el responsable del can responde anunciando que tomará medidas de seguridad mayores a fin de evitar la ocurrencia de nuevos eventos; c) a la familia afectada no le parecen suficientes, y d) la familia decide recurrir de protección para lograr que los perros abandonen el condominio.

En segundo lugar, resulta importante poner de relieve que, al momento de ocurridos los hechos narrados por la recurrente, se encontraban plenamente vigentes las normas que regulan precisamente las materias ventiladas, prevén los supuestos de hecho expuestos y buscan dar solución a los mismos a través de la vía institucional.

La normativa a la que se hace referencia es aquella que desde el año 2017 regula de manera exhaustiva la tenencia de animales de compañía en Chile: La ley N°21.020³ y su Reglamento, Decreto N°1007⁴.

En efecto, la Ley N°21.020 toma a su cargo en exclusiva y de manera bastante exhaustiva la regulación de los derechos y obligaciones de los tenedores de animales de compañía, y crea además un andamiaje institucional especialmente destinado al control de su cumplimiento, conjuntamente con establecer los procedimientos a seguir tanto en su operatividad como para aquellos supuestos de incumplimiento. Por su parte, el Decreto N°1007 ahonda en detalle normativo y procedimental, detallando aún más la operatividad de la regulación⁵.

El tercer y último cuerpo normativo que participa en la regulación de la tenencia responsable son las Ordenanzas Municipales, encargadas de regular la materia al interior de los respectivos territorios comunales. Así, la ley impuso a todas las municipalidades del territorio nacional la obligación de dictar – o actualizar, según su existencia o inexistencia previa – una ordenanza municipalidad de tenencia

3 Ley N°21.020. (02.08.17). Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía.

4 Decreto N°1.007, de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (17.08.18). Reglamento que establece la forma y condiciones en que se aplicarán las normas sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía y determina las normas que permitirán calificar a ciertos especímenes caninos como potencialmente peligrosos.

5 Sobre la ley de tenencia responsable y sus implicancias iniciales, véase LEIVA, Carolina. Ley de Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía, No 21.020-2017. ¿Constituye realmente un avance? Análisis crítico de sus puntos más oscuros. dA. Derecho Animal. Barcelona, España. 2018. 4(4):51-61.

responsable de conformidad a la Ley y el Reglamento⁶ y dentro del plazo de siete meses desde la entrada en vigencia de la ley⁷.

En la vereda institucional, la Ley N°21.020 y su Reglamento crean una verdadera institucionalidad administrativa en materia de tenencia responsable de animales de compañía, entregando una serie de facultades y obligaciones al Ministerio del Interior, a la autoridad sanitaria y a las municipalidades, y alojando la resolución de los conflictos que de su incumplimiento se derivaren en los juzgados de policía local⁸, buscando con ello dar efectiva respuesta y solución a supuestos de hecho como los ventilados en la presente acción constitucional.



EL RECURSO DE AUTOS. ASPECTOS BÁSICOS

A continuación se expondrán ciertos aspectos que se consideran como básicos para comprender el desarrollo procesal de la acción constitucional en comento. Se trata de 1. Qué fue lo que pidió la recurrente; 2. Cuáles fueron los hechos que la Corte tuvo por probados, y 3. Cuáles fueron las normas que la Corte tomó en consideración en el fallo:

1. LA SOLICITUD DE LA RECURRENTE

Ante la negativa del tenedor de los perros de mantenerlos en lugar distinto al condominio, y no considerando suficientes las medidas que anunció adoptaría, la recurrente acciona solicitando que se acoja el recurso y se ordene al recurrido:

“que se lleve de su casa y del vecindario donde viven los recurrentes y el mismo recurrido, a todos los perros de la raza denominada Pastor Polaco de Podhale que mantiene, dentro de tercero día de ejecutoriado el fallo que acoja el presente recurso; o bien, en subsidio, que se ordene al recurrido someter a todos los perros que mantiene en su domicilio a un adiestramiento por Carabineros de Chile, fuera del vecindario, al día siguiente de que quede firme el fallo que acoja el presente recurso de protección, hasta que dicha entidad certifique que los perros no son peligrosos para el vecindario, sin perjuicio de las demás medidas que esta Corte juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y dar una debida protección a los afectados, todo ello con costas” (sic).

⁶ Op. cit. Ley N°21.020, Artículo 7°.

⁷ Op. cit. Ley N°21.020, Artículo cuarto transitorio.

⁸ En particular, la Ley establece en su art. 28 que la fiscalización del cumplimiento de esta, y de sus reglamentos asociados, corresponderá a las municipalidades y a la autoridad sanitaria, siendo competente para conocer de estos asuntos el juez de policía local.

2. LOS HECHOS QUE LA CORTE DIO POR PROBADOS⁹

- a) Que el recurrido es el tenedor responsable de los canes raza Pastor Polaco de Podhale señalados en el recurso;
- b) Que éstos, según informó Carabineros de Chile, se encontraban en buenas condiciones de habitabilidad, “quedando demostrado que estos cuentan con espacio suficiente para su esparcimiento y enriquecimiento ambiental, contando además con las medidas de seguridad relacionadas a un cierre perimetral con muros de hormigón y rejas de material malla acma”;
- c) Que desde el 8 de febrero de 2019 los canes cuentan con microchip y control veterinario, especialmente la aplicación de vacunación antirrábica en una clínica veterinaria;
- d) Que, conforme al correo electrónico intercambiado por el abogado de los recurrentes y el recurrido, uno de los canes de propiedad del recurrido lesionó a la recurrente VCP.

3. EL DERECHO

Si bien ya se consignó en el presente comentario cuál es la normativa concurrente en lo relativo al recurso de protección, al derecho a la integridad psíquica y también en lo relativo a la tenencia responsable, a continuación se expondrán las normas que la Corte tomó en especial consideración en el fallo¹⁰:

Primeramente, toma en consideración la Corte lo expuesto en el decreto 1007, título III denominado “De los especímenes caninos calificados como potencialmente peligrosos”, en lo relativo a las vías por las que un individuo de la especie canina puede ser calificado como potencialmente peligroso¹¹, a saber:

- a) Por la pertenencia a alguna de las razas que señala (Bullmastiff, Doberman, Dogo Argentino, Fila Brasileiro, Pitbull, Presa Canario, Presa Mallorquín, Rottweiler, y Tosa Inu) o a un ejemplar canino proveniente de la cruce en primera generación de un ejemplar de cualquiera de las razas señaladas y cualquier otra raza (art. 13);
- b) Por la calificación de tal realizada por la autoridad sanitaria (art. 14), previo requerimiento fundado de un particular y mediante la concurrencia de

⁹ Op. cit. Corte Suprema, Rol N°24.192-2019. Considerando tercero.

¹⁰ Op. cit. Corte Suprema, Rol N°24.192-2019. Considerando cuarto y quinto.

¹¹ La Ley N°21.020 define animal potencialmente peligroso como “toda mascota o animal de compañía que ha sido calificado como tal por la autoridad sanitaria, de acuerdo a la información científica disponible, la opinión de expertos y los parámetros mencionados en el artículo 6º, de conformidad con el procedimiento que fije el reglamento” (artículo 2º numeral 6).

fiscalizadores al lugar donde se encuentre el animal y que verifiquen que el individuo cumple con algunas de las condiciones que el mismo artículo establece¹².

c) Por la calificación realizada por el juez competente (art. 15)¹³.

El mismo título regula a continuación algunos aspectos de la resolución de calificación de un animal como potencialmente peligroso (art. 16), básicamente en orden a permitir la posibilidad de disponer la esterilización del animal – si así lo estima la autoridad o el juez según el mérito de los antecedentes que obraren a su disposición –, además de regular los especiales efectos que produce la calificación cuando la causa de la misma fuere el haber causado cualquier tipo de lesión o la muerte a una persona¹⁴, para finalmente regular las medidas de seguridad y protección que deberá cumplir todo tenedor de un animal calificado como potencialmente peligroso (art. 17).

Finalmente, estimó la Corte que concurre también en lo pertinente la Ordenanza Municipal de la Ilustre Municipalidad de Lo Barnechea, Decreto Alcaldicio N° 1977, de 2016, sobre Medio Ambiente, instrumento que regula la tenencia responsable de animales en la comuna en su Título II, denominado “De la protección de los componentes ambientales a nivel local”, párrafo 10°, “De los animales y Mascotas” (arts. 51 y 52)¹⁵.

-
- 12 El art. 14 dispone, como condiciones para la calificación de potencial peligrosidad, las siguientes: a) Que tenga gran desarrollo de la masa muscular corporal y de los músculos masticatorios, además de gran volumen de cabeza, cuello y tórax (no aplicable a los perros de asistencia para personas con discapacidad); b) Que hubiera causado lesiones menos graves, graves, castraciones, mutilaciones o la muerte a una persona, y c) Que evidencie dos o más registros de mordeduras a personas en el Sistema de Registro de Animales Mordedores del Ministerio de Salud, aprobado por el decreto N° 1, de 2014, Ministerio de Salud.
- 13 El Art. 15 dispone que “el juez competente, previa denuncia de un particular, podrá calificar como animal potencialmente peligroso a un espécimen canino que haya causado, al menos, lesiones leves a una persona o daños de consideración a otro ejemplar de su misma especie”.
- 14 Impone al juez o a la autoridad sanitaria que realizare la calificación la obligación de decretar, como condiciones especiales de tenencia, la prohibición de adiestramiento para la agresión, la obligación de mantener a los animales en un espacio dotado de cerco seguro y adecuado a sus características fisiológicas y etológicas, la contratación de un seguro de responsabilidad civil, la esterilización obligatoria y, en caso de ser necesario, evaluaciones psicológicas de los dueños de dichos animales, con el fin de determinar si la tenencia pudiera representar un riesgo para la seguridad de las personas o el bienestar de los animales.
- 15 Toma la Corte en especial consideración lo dispuesto en el art. 51 inc. 1º, que dispone “los animales domésticos deberán permanecer en el domicilio de sus propietarios con el fin de no causar molestias o daños a los vecinos, no obstante podrán circular por las vías públicas con collar y correa”; en concordancia con lo dispuesto en el art. 52, en orden a que “queda prohibido la presencia de animales en la vía pública sin su dueño, pudiéndose sancionar a su propietario de acuerdo a la reglamentación vigente, sin perjuicio de que puedan ser retirados por la autoridad sanitaria correspondiente”.

IV EL FALLO

La Tercera Sala de la Corte Suprema acogió el recurso en base a los siguientes argumentos:

- d) Sobre su competencia para intervenir en el asunto de autos a través de la acción constitucional. Considera la Corte como factible la posibilidad de que se adopten medidas extraordinarias en el fallo de un recurso de protección en base al principio-deber "cautelar" o "protector". Sustenta esta afirmación en que "la acción de protección constituye la adjetivación del principio cautelar, o principio protector de rango constitucional, y en cuya virtud la Administración del Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas necesarias que permita a los administrados ejercer sus derechos en plenitud para lo cual se les permite adoptar medidas extraordinarias que posibiliten restablecer el equilibrio, cuando el ejercicio de dichos derechos se vean amenazados, perturbados o amagados por acciones u omisiones de terceros" (sic)¹⁶.
- e) Sobre la peligrosidad de los perros. Estima que, si bien los canes no corresponderían a unos de razas o híbridos calificados como potencialmente peligrosos por el Reglamento, sí sería posible considerarles como tales por el cumplimiento de algunas de las condiciones establecidas en el artículo 14 del mismo¹⁷.
- f) Sobre la concurrencia de acción u omisión por parte del recurrido. Considera la Corte que, de los antecedentes de hecho que obran en autos y haciendo particular mención a la agresión sufrida por la recurrente y la respuesta ante los hechos manifestada por el recurrido vía correo electrónico, conjuntamente con el informe de Carabineros de Chile que daría cuenta de un mal manejo y control del animal, "resulta indudable la ocurrencia de una acción u omisión de parte del recurrido con relación a la tenencia y custodia de dos canes de su propiedad, que han perturbado y/o amenazado el derecho a la integridad física y psíquica de aquellos en cuyo favor se ha enderezado la presente acción constitucional" (sic)¹⁸.
- g) Sobre la ilegalidad o arbitrariedad. Las omisiones en que habría incurrido el recurrido devienen, a juicio de la Corte, en arbitrarias e ilegales por cuanto "han sido la causa y fundamento inmediato de la lesión menos grave que uno de ellos ocasionó a la recurrente, lo que indudablemente afectó su integridad psíquica" (sic)¹⁹.

¹⁶ Op. cit. Corte Suprema, Rol N°24.192-2019. Considerando cuarto.

¹⁷ Op. cit. Corte Suprema, Rol N°24.192-2019. Considerando sexto.

¹⁸ Op. cit. Corte Suprema, Rol N°24.192-2019. Considerando séptimo.

¹⁹ Op. cit. Corte Suprema, Rol N°24.192-2019. Considerando séptimo.

- h) Sobre la suficiencia de las medidas ofrecidas por el recurrido y la amenaza de la repetición de los hechos. Que, a juicio de la Corte, las medidas consistentes en la instalación de microchip y la vacunación antirrábica no son medidas suficientes para asegurar que los hechos no vuelvan a ocurrir, ya que no se trata de desconocer quién es su propietario o tenedor, como tampoco el temor por el contagio de alguna enfermedad, sino que subsiste el “temor permanente que produce en los recurrentes el descontrol y agresividad del animal, que es paseado por las áreas comunes del condominio donde también vive el recurrido. De este modo, además del daño causado, existe una amenaza seria en orden a que hechos como los denunciados se repitan en el futuro, sin que conste que el recurrido haya adoptado alguna medida en concreto idónea para tales propósitos (...) Todo ello importa un acto ilegal y arbitrario del señor RK, que afecta la integridad psíquica de los recurrentes, protegido por el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, desde que ello implica que el recurrido, pudiendo hacerlo, no adoptó las medidas necesarias en resguardo de los derechos de toda persona de transitar en espacios abiertos, sin temor a ser atacado por un espécimen canino” (sic)²⁰.

Finalmente, la Corte acoge el recurso de protección interpuesto, instruyendo las siguientes medidas²¹:

1º El recurrido deberá someter a sus canes a adiestramiento especializado por el tiempo que sea necesario para superar las conductas agresivas que motivaron el recurso, a iniciarse dentro del término de treinta días;

2º La certificación por parte del personal municipal competente de que los canes se encuentran resguardados adecuadamente (al interior del domicilio del recurrido), cumpliendo con las condiciones técnicas necesarias para evitar posibles escapes, y

3º Orden a la autoridad sanitaria a efectos de que tenga el presente recurso como suficiente requerimiento fundado de calificación como potencialmente peligroso respecto de los canes del recurrido (ambos), debiendo constituirse un fiscalizador en el domicilio a efectos de verificar las circunstancias mencionadas en el art. 14 del Reglamento e instruir al recurrente sobre el adecuado manejo y control del animal.

²⁰ Op. cit. Corte Suprema, Rol N°24.192-2019. Considerando octavo.

²¹ Op. cit. Corte Suprema, Rol N°24.192-2019. Considerando noveno.

V

COMENTARIOS AL FALLO

En lo que sigue me centraré en aquellos puntos que considero se exhiben como mayormente problemáticos del presente fallo y que van, básicamente, por dos cauces: 1) si el recurso era la vía adecuada y necesaria para resolver el asunto, y 2) la forma – insatisfactoria – en que la Corte infiere y da por probados ciertos hechos, y las conexiones que establece al efecto.

1. ¿ERA EL RECURSO DE PROTECCIÓN LA VÍA ADECUADA PARA RESOLVER EL ASUNTO?

Si bien es posible considerar que la Corte resolvió de manera efectiva el asunto, queda en evidencia que ello trajo aparejada una víctima: la institucionalidad creada por ley precisamente para hacerse cargo del mismo.

Como señalé previamente en el presente comentario, la Ley N°21.020 y su Reglamento han tenido desde su concepción el objeto de regular, de manera exhaustiva y para todo el territorio nacional, la tenencia responsable de animales de compañía, y es posible estimar que, luego de casi diez años de trámite legislativo, ese objetivo se cumplió. Sin perjuicio de las diversas críticas²² que admite la regulación, ésta sin duda cubre los diversos espectros de la materia y crea una robusta institucionalidad administrativa encargada de poner en marcha, fiscalizar y sancionar el incumplimiento de sus normas por parte de los distintos actores.

Es por esta razón que, luego de la lectura del fallo, no deja de llamar la atención que la Corte decidiera conocer del asunto y fallarlo, por una parte, sin hacer referencia alguna a esta sectorización institucional, por otra (algo que sólo hace a la hora de ordenar a la autoridad sanitaria tener el recurso como suficiente requerimiento fundado para la declaración de la potencial peligrosidad de los animales en cuestión).

Hay aquí dos puntos que se advierten como problemáticos. Por una parte, lo que podríamos llamar la oportunidad en el conocimiento del recurso y por otro, el ninguneo a la ley y a la institucionalidad que en virtud de la misma debería mediar en el conflicto.

En lo relativo a la oportunidad. Un asunto relevante y nada pacífico en la doctrina es aquel que dice relación con la subsidiariedad, o no, de la acción constitucional de protección. Mientras una parte de la doctrina asegura que el recurso puede ser interpuesto y operar aún cuando existan otros medios adecuados en el resto del

²² En este sentido, Op. cit. LEIVA, Carolina (2018).

ordenamiento jurídico²³, otro sector de la doctrina estima que el recurso debería operar sí y sólo sí los restantes medios contemplados por el ordenamiento jurídico resultaren insuficientes o inadecuados para el restablecimiento del derecho privado, perturbado o amenazado²⁴.

Así, mientras algunos interpretan la expresión “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes” contenida en el art. 20 de la CPR como una declaración en orden a que se trata de “una acción constitucional principal y autónoma, operando como un remedio de urgencia ante la vulneración a través de actos u omisiones arbitrarias de los derechos fundamentales”²⁵ y, por tanto, accionable aún existiendo otras vías no exploradas al efecto en el ordenamiento jurídico; otros autores interpretan dicha frase más bien simplemente como calificadora de la naturaleza jurídica de la sentencia que sobre el recurso recae. En esta última línea reflexiva, sostienen JANA y MARÍN que “en el contexto de las características procesales que en este trabajo hemos atribuido al recurso de protección, aparece más razonable otorgar a esta expresión el alcance que, en definitiva, el fallo de protección no se encuentra amparado por la autoridad de cosa juzgada sustancial, pudiéndose con posterioridad, discutir nuevamente el asunto²⁶”, abriendo así la posibilidad a una interpretación acorde a la concurrencia del principio de subsidiariedad²⁷.

Ahora bien. Sin adoptar una postura cerrada respecto a si el recurso de protección es o no uno que admita afirmar a su respecto que se aplica el principio de subsidiariedad, entendido como la necesidad de agotar toda instancia previa que pudiere resolver el conflicto – en tanto dicho compromiso escapa al objeto del presente comentario – sí es posible preguntarse: ¿Era ésta la sede adecuada para resolver el asunto? ¿Era esta la sede necesaria para restablecer el imperio del derecho? Si no había sido activado previamente el aparataje institucional dispuesto al efecto, ¿es factible decir que el imperio del derecho debía ser restablecido? ¿Es que efectivamente para el

²³ A modo de ejemplo, véase NOGUEIRA, Humberto. El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano. *Ius et Praxis*. Talca, Chile. 2007. 1(13):75-134.

²⁴ ZÚÑIGA, Francisco. A propósito de la “agonía” o “muerte” del Recurso de Protección Ambiental. *Escuela de Postgrado*. 2015. 7:15-42.

²⁵ NOGUEIRA, Humberto. La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México. *Ius et Praxis*. Talca, Chile. 2010. 1(16):219-286.

²⁶ JANA, Andrés y MARÍN, Juan Carlos. *Recurso de protección y contratos*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1996. p. 239.

²⁷ En este mismo sentido también: Op. cit. ZÚÑIGA (2015) y BORDALÍ, Andrés. El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. *Revista de Derecho*. 2006. 2(14):205-228.

asunto de autos los restantes medios contemplados por el ordenamiento jurídico resultaban insuficientes o inadecuados para el restablecimiento del derecho privado, perturbado o amenazado?

Aparentemente, la recurrente desconocía las posibilidades de resolución y manejo de conflicto que dispone en la materia la Ley N°21.020 y su Reglamento, ya que no hizo referencia alguna a ello en su acción, pero lo mayormente complejo es que tal cosa no fue tampoco puesta de manifiesto por la Corte, pese a que habría parecido positiva alguna referencia a que el camino procesal y sustantivo a seguir sería el que establece la normativa específica, camino que habría sido ciertamente menos costoso para la recurrente y para la Administración de Justicia.

La Corte corola su intervención invocando al que denomina "principio – deber cautelar o protector", consignándolo como aquel que le impone la obligación de "adoptar todas las medidas necesarias que permita a los administrados ejercer sus derechos en plenitud para lo cual se les permite adoptar medidas extraordinarias que posibiliten restablecer el equilibrio, cuando el ejercicio de dichos derechos se vean amenazados, perturbados o amagados por acciones u omisiones de terceros" (sic). No deja de resultar en extremo bizarro que la misma Corte invoque este principio indicando que obliga a la "Administración del Estado" (considerando cuarto), justificando así su intervención en el asunto, cuando ella es la cabeza jerárquica de la Administración de Justicia y no de la Administración del Estado, que es la precisamente llamada por la ley a tomar a su cargo la resolución de este asunto en particular.

En la misma línea nos encontramos el asunto del ninguneo a la normativa y a la institucionalidad vigente. Como ya se ha expuesto, mientras existe una normativa que regula de manera específica la materia, la Corte acude a ella sólo en búsqueda del camino legal para determinar si el animal era o no potencialmente peligroso, pero desconoce (vía nula referencia a ello) el rol que habría cabido a la institucionalidad llamada al efecto si hubiere intervenido. Así entendido, se torna difícil la comprensión de una Corte que interviene de manera urgente para el restablecimiento del imperio del derecho cuando, en definitiva, la intervención del derecho a través de su institucionalidad establecida al efecto no fue siquiera requerida. Entonces ¿la Corte Suprema restableció qué?

Reconoce sí la Corte la competencia de la institucionalidad administrativa en la materia, pero sólo una vez y para ordenar a la autoridad sanitaria –competente para calificar a un perro como potencialmente peligroso – tener el presente recurso como requerimiento fundado para dicha declaración, de conformidad al art. 14 del Reglamento (situación, por lo demás, prevista para la actuación de un particular, no de un tribunal).

Este ninguneo a la institucionalidad se advierte también al momento del decreto de medidas. Las medidas cuya implementación ordena la Corte son las mismas que derivarían de la declaración de animal potencialmente peligroso por la vía procedimental prevista por la Ley y el Reglamento al efecto y, a mayor abundamiento, coinciden además con las medidas anunciadas por el recurrido en el correo electrónico de su autoría que obra en autos.

Así las cosas, nos encontramos frente a un fallo que, si bien no incurre en una abierta y flagrante aberración jurídica – ya que efectivamente pareciera haber dado remedio satisfactorio a la problemática planteada por la recurrente – no deja de parecer un tanto innecesaria y desproporcionada en su resolución vía acción constitucional de protección.

2. SOBRE LAS INFERENCIAS PROBATORIAS DE LA CORTE (O LA FALTA DE ELLAS)

Finalmente, no deja de llamar la atención la manera en que la Corte realiza ciertas inferencias probatorias.

A modo de ejemplo, podemos citar la aseveración que realiza cuando califica al “temor permanente que produce en los recurrentes el descontrol y agresividad del animal, que es paseado por las áreas comunes del condominio donde también vive el recurrido” (sic) como suficiente afectación a la integridad psíquica²⁸ ¿Cómo es que el temor que genera la posibilidad de encontrarse con un perro mordedor es capaz de perturbar el derecho fundamental a la integridad psíquica, en magnitud tal que la única manera de poner término a dicha perturbación sea vía acción constitucional de protección?

Otro ejemplo que provee el fallo es aquel en que la Corte señala que “las omisiones en que incurrió el recurrido en la tenencia y custodia de sus mascotas, devienen arbitrarias e ilegales, pues han sido la causa y el fundamento inmediato de la lesión menos grave que uno de ellos ocasionó a la recurrente, lo que indudablemente afectó su integridad psíquica”²⁹. La aseveración de que una determinada omisión es arbitraria e ilegal por cuanto es la causa y fundamento de una lesión menos grave, y que ello indudablemente ha afectado la integridad psíquica no es ni puede ser vista como pacífica e incontrastable, simplemente porque de una cosa no se sigue la otra.

Una acción u omisión no es ilegal y/o arbitraria en orden a sus consecuencias, sino que lo es en razón de su motivación y a si es, en sí misma, contraria a derecho. Por otra parte, que ello “indudablemente ha afectado la integridad psíquica” tampoco es una afirmación necesariamente cierta ni evidente y requeriría, por cierto, de algún tipo de elemento probatorio que demostrare la concurrencia de dicha afectación (como sería, por ejemplo, un diagnóstico psicológico o psiquiátrico).

²⁸ Op. cit. Corte Suprema, Rol N°24.192-2019. Considerando octavo.

²⁹ Op. cit. Corte Suprema, Rol N°24.192-2019. Considerando séptimo.

De esta forma, las aseveraciones de la Corte recién citadas, sin ser necesariamente incorrectas, sufren de una carencia total de inferencias probatorias, lo que las aleja, de suyo, de la posibilidad de ser consideradas como correctas, llegando a exhibirse incluso como falaces y antojadizas.

VI CONCLUSIONES

De la lectura y análisis del fallo objeto del presente comentario podemos extraer, a modo de conclusión, las siguientes:

- a) La importancia y valor de la Ley N°21.020 y su Reglamento como herramientas adecuadas para la resolución de los conflictos que se generan en torno a la tenencia de animales en entornos urbanos, que a la luz del presente recursos aparecen como suficientes y probablemente más eficaces y eficientes que la vía por la cual optó la recurrente.
- b) Que, siguiendo la línea del punto anterior, aparece como adecuado quizás haber desestimado el recurso al momento del examen de admisibilidad, esto en base a la existencia de instancias específicamente establecidas por la ley para conocer del mismo asunto – como tantas veces lo han hecho las Cortes para situaciones que incluso parecieran revestir una mayor urgencia y envergadura – por cuanto ello, a la luz de los antecedentes de autos, en caso alguno habría implicado denegación ni dilación de justicia, en tanto habría sin duda sido cubierto por la mediación de la institucionalidad vigente.
- c) Que resulta fundamental una correcta educación y capacitación de la ciudadanía respecto a la institucionalidad y al derecho vigente en general, por cierto, pero en particular en aquellas materias que les afectan de manera directa y en la más profunda cotidianidad, como es el caso de marras. Una ciudadanía informada pareciera ser una de las claves para una sociedad compuesta por miembros comprometidos y respetuosos con su entorno.
- d) Por último, merece mención destacar la evolución que ha experimentado nuestra sociedad y su derecho en el tratamiento que dispensa a los animales y, en particular, a los de compañía. Luego de decenios en que una situación de hecho como la que motiva el presente recurso muy probablemente habría acarreado como resultado la muerte del animal considerado como agresor, hoy el derecho reconoce que la responsabilidad por los hechos del animal corresponde a su tenedor responsable, aquella persona poseedora de deberes tanto respecto de los demás miembros de la comunidad como respecto de los animales a su cargo y quien es la llamada en definitiva a velar por el bienestar del animal cuya titularidad detenta y por la seguridad y el bienestar de su entorno.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- › BORDALÍ, Andrés. El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. *Revista de Derecho*. 2006. 2(14):205-228.
- › JANA, Andrés y MARÍN, Juan Carlos. *Recurso de protección y contratos*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1996.
- › LEIVA, Carolina. Ley de Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía, No 21.020-2017. ¿Constituye realmente un avance? Análisis crítico de sus puntos más oscuros. *da. Derecho Animal*. Barcelona, España. 2018. 4(4):51-61.
- › NOGUEIRA, Humberto. El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano. *Ius et Praxis*. Talca, Chile. 2007. 1(13):75-134.
- › NOGUEIRA, Humberto. La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México. *Ius et Praxis*. Talca, Chile. 2010. 1(16):219-286.
- › ZÚÑIGA, Francisco. A propósito de la "agonía" o "muerte" del Recurso de Protección Ambiental. *Escuela de Postgrado*. 2015. 7:15-42.

NORMATIVA CITADA

- › Constitución Política de la República de Chile. 1980.
- › Decreto Alcaldicio N° 1977, Ilustre Municipalidad de Lo Barnechea. Chile (02.06.16). Ordenanza Municipal sobre Medio Ambiente.
- › Ley N°21.020. Chile (02.08.17). Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía. Ministerio de Salud.
- › Decreto N°1.007. Chile (17.08.18). Reglamento que establece la forma y condiciones en que se aplicarán las normas sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía y determina las normas que permitirán calificar a ciertos especímenes caninos como potencialmente peligrosos. Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

JURISPRUDENCIA CITADA

- › Corte Suprema. Correa Prado con Riquelme Kussner. Recurso de Protección. (07.10.2019) Rol N° 24.192-2019.

“ERA CALLEJERO POR DERECHO PROPIO ...” (COMENTARIO DEL DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA N° 20.435-2019)

CRISTIAN ROMÁN CORDERO

ABOGADO, UNIVERSIDAD DE CHILE

PROFESOR DE DERECHO ADMINISTRATIVO, UNIVERSIDAD DE CHILE



INTRODUCCIÓN

“Era callejero por derecho propio (...) aunque fue de todos, nunca tuvo dueño (...) y era el personaje de la puerta abierta en cualquier hogar y era en nuestro barrio como del paisaje, el sereno, el cura y todos los demás”. Esta es parte de la letra de una conocida canción del cantautor Alberto Cortez¹, homenaje a esos miles de perros callejeros², tan típicos de nuestro país.

Pues bien, el dictamen de la Contraloría General de la República N°20.435-2019 (de 02/08/2019) trata precisamente sobre ellos –así como sobre los gatos en esa misma situación–³, y en específico sobre el artículo 20 de la Ordenanza de la Ilustre Municipalidad de San José de Maipo sobre Tenencia Responsable de Animales⁴, que prohibió alimentarlos, proveerles agua o cobijarlos en casuchas situadas en la vía pública, espacios públicos o espacios comunes de una copropiedad inmobiliaria.

Este dictamen declaró su ilegalidad y ordenó a dicha municipalidad su modificación.

1 Nos referimos a la canción Callejero [en línea] Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=w-b9wUtAJ5es>

2 Emplearemos la expresión callejero en un sentido genérico, no jurídico. En otras palabras, no en el sentido que le atribuye el artículo 2° de la Ley N° 21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía, que define al perro callejero como “aquel cuyo dueño no hace una tenencia responsable y es mantenido en el espacio público durante todo el día o gran parte de él sin control directo”.

3 En el plano estrictamente jurídico, nos parece que el dictamen en comento se refiere a los animales comunitarios. El artículo 2° de la Ley N° 21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía, define al perro comunitario como aquel “que no tiene un dueño en particular pero que la comunidad alimenta y le entrega cuidados básicos”.

4 Decreto Alcaldicio N° 165 (08.03.18) de la Ilustre Municipalidad de San José de Maipo.

Se trata de un muy interesante dictamen, pues nos revela un mecanismo idóneo para la protección de los animales frente a las actuaciones ilegales de órganos de la Administración así como también un interesante parámetro de control al efecto. De ahí que estimemos imprescindible en esta oportunidad comentarlo⁵.

Nuestra exposición se conformará al siguiente plan: en primer lugar, daremos somera cuenta del dictamen; en segundo, lo comentaremos; y en tercero, apuntaremos nuestras conclusiones.

II

EL DICTAMEN

El dictamen en comento fue expedido por la Contraloría General de la República, en atención a la solicitud de pronunciamiento efectuada por un particular sobre la legalidad del artículo 20 de la Ordenanza de la Ilustre Municipalidad de San José de Maipo sobre Tenencia Responsable de Animales, cuyo tenor era el siguiente:

Artículo 20.- Se prohíbe la alimentación, provisión de agua e instalación de casuchas para animales en la vía pública, espacios públicos, así como en espacios comunes de los inmuebles sujetos a la ley N° 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria.

Cualquier elemento que sea susceptible de usar para alimentar, dar de beber o cobijar a un animal que se encuentre, en la vía pública frente a un domicilio, se entenderá como dispuesto en la vía por el dueño, habitante o responsable del domicilio en cuestión, debiendo este asumir la responsabilidad de la infracción al párrafo anterior.

La municipalidad y cualesquiera otras autoridades competentes, retirarán los elementos antes señalados de la vía y espacios públicos y sancionarán a las personas que sean sorprendidas transgrediendo esta disposición.

La Contraloría General de la República declaró la ilegalidad de este artículo, pues prohibía una conducta permitida por la ley expresamente, como lo es otorgar cuidados básicos a perros y gatos callejeros. Al efecto tuvo presente:

⁵ Este dictamen fue ampliamente divulgado por los medios de prensa, por ejemplo: RADIO COOPERATIVA (08.08.19) *Contraloría responde a ordenanza de municipio: vecinos si pueden cuidar a animales callejeros* [fecha consulta: 28.09.20] Disponible en: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/medioambiente/animales/contraloria-responde-a-ordenanza-de-municipio-vecinos-si-pueden-cuidar/2019-08-08/202632.html> ; TV 13. (09.08.19) *Contraloría habló: Municipios no pueden prohibir que vecinos alimenten perros callejeros* [fecha consulta: 28.09.20] Disponible en: <https://www.t13.cl/noticia/nacional/contraloria-hablo-municipios-no-pueden-prohibir-que-vecinos-alimenten-a-perros-callejeros> ; CNN CHILE. *Contraloría autoriza a vecinos alimentar a animales callejeros: Municipios no pueden prohibirlo* [fecha consulta: 28.09.20] Disponible en: https://www.cnnchile.com/pais/contraloria-autoriza-alimentar-animales-callejeros_20190809/

- i) Conforme a las reglas generales, las ordenanzas municipales deben conformarse a lo previsto por la ley y el reglamento; lo cual, a mayor abundamiento, está establecido en forma expresa en el artículo 7° de la Ley N° 21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía⁶. Por tanto, la Ordenanza de la Ilustre Municipalidad de San José de Maipo sobre Tenencia Responsable de Animales debe conformarse a dicha ley y a su reglamento⁷.
- ii) La conducta prohibida por la ordenanza municipal en cuestión respecto de los perros y gatos callejeros, no sólo no está proscrita por la ley, sino que validada por ésta. En efecto, en lo medular, sostuvo que “el legislador reguló expresamente en la ley N° 21.020 la situación de los animales que se encuentren abandonados o perdidos y, en particular, la de los perros y gatos, permitiéndose respecto de los primeros, que aun careciendo de dueño puedan ser alimentados y cuidados por la comunidad, sin establecer como prohibida la anotada conducta por parte de los vecinos; y respecto de los segundos, la posibilidad de monitorearlos por la entidad edilicia, sin que se impida la provisión de cuidados por parte de la población”.
- iii) A mayor abundamiento, conforme a la Ley N° 21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía, el abandono de animales es una conducta prohibida que “será considerado maltrato y crueldad animal y será sancionado de acuerdo a lo establecido en el artículo 291 bis del Código Penal”⁸ y, conforme a la Ley N° 20.380, sobre Protección de Animales, sus normas están destinadas a conocer, proteger y respetar a los animales, como seres vivos y parte de la naturaleza, “con el fin de darles un trato adecuado y evitarles sufrimientos innecesarios”⁹.
- iv) Y, asimismo, conforme a “una interpretación sistemática y finalista de las disposiciones citadas es posible sostener que el ordenamiento jurídico reconoce una protección general a los animales y prohíbe su sufrimiento innecesario”.

6 Artículo 7°, inciso 1, de la Ley N° 21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía. Este precepto legal dispone: “Las municipalidades deberán dictar una ordenanza sobre la tenencia responsable de mascotas o animales de compañía en el territorio comunal, la que deberá ajustarse a la normativa legal que regula la materia y al reglamento mencionado en el artículo 4°, estableciendo como contenidos mínimos los determinados en el artículo 5° de esta ley”.

7 Decreto N° 1.001 de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (17.08.18), Reglamento de la Ley N° 21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía.

8 Artículo 12 de la Ley N° 21.020 (02.08.17), Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía.

9 Artículo 1° de la Ley N° 20.380 (03.10.09), Sobre Protección de Animales.



COMENTARIO

El dictamen en comento es muy interesante en cuanto a: (1) El criterio de control empleado; y (2) El modo de acceso a dicho control.

1. EL CRITERIO DE CONTROL EMPLEADO.

El criterio de control empleado por el dictamen en comento no es otro que el principio de legalidad/juridicidad¹⁰. En efecto, éste planteó que el artículo 20 de la Ordenanza de la Ilustre Municipalidad de San José de Maipo sobre Tenencia de Animales infringió dicho principio al prohibir una actuación permitida por la ley expresamente, como lo es el proveer cuidados básicos a perros y gatos callejeros.

Al efecto cabe recordar que, conforme a lo previsto en la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, las ordenanzas municipales son resoluciones municipales que importan “normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad”¹¹. De ello se sigue que éstas se sitúan jerárquicamente bajo la Constitución, las leyes y los reglamentos; y, en consecuencia, deben conformarse a éstos.

De esta forma, en una primera aproximación, es posible sostener que las ordenanzas municipales sólo pueden regular las materias que la ley expresamente les señala (en cuyo caso las ejecuta)¹², o bien otras distintas de aquéllas siempre que estén comprendidas dentro de las funciones y atribuciones que la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, otorga a éstas¹³. Así es posible distinguir entre las ordenanzas municipales de ejecución, que concretan el mandato general y abstracto de una ley en el ámbito local, y las autónomas, que sin ser de aquéllas introducen

¹⁰ Artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República y 2° de la Ley N° 18.575 (05.12.1986), Sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

¹¹ Artículo 12, inciso 2°, de la Ley N° 18.695 (31.03.98), Orgánica Constitucional de Municipalidades.

¹² Por ejemplo: la ordenanza de participación de la ciudadanía local (artículo 93 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades); la ordenanza de plano regulador comunal (artículo 24, letra a), de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades); la ordenanza ambiental (artículo 25, letra f), de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades); la ordenanza sobre horarios de funcionamiento de los locales de expendio de alcohol (artículo 65, letra o), de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades), la ordenanza sobre cierre o medidas de control de calles o pasajes (artículo 65, letra q), de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades), y la ordenanza sobre la tenencia responsable de mascotas o animales de compañía en el territorio comunal (artículo 7° de la Ley N° 21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía).

¹³ Artículo 3°, 4° y 5° de la Ley N° 18.695 (31.03.98), Orgánica Constitucional de Municipalidades.

innovaciones al Ordenamiento Jurídico (igualmente en el ámbito local)¹⁴.

En este sentido el Tribunal Constitucional ha observado que las ordenanzas municipales tienen un rol prioritario en el sistema de fuentes del Derecho Administrativo, en tanto ellas son manifestación de una potestad reglamentaria municipal que se asemeja a la potestad reglamentaria del Presidente de la República (aunque subordinada a ésta¹⁵), y concretan (especialmente si son de ejecución) el mandato general y abstracto de una ley en el plano local (en tanto que el reglamento hace lo propio en el plano nacional)¹⁶. Así, esta Magistratura ha afirmado que “la potestad normativa del municipio está subordinada, por una parte, a la Constitución y a la ley. Ello significa que está sujeta a dichas normas y no puede contradecirlas o invadir su ámbito propio de regulación. Por la otra, está subordinada a las normas que dicte el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria”¹⁷, y que “En todo caso, las ordenanzas no

14 Tribunal Constitucional. Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Energía Limarí S.A. respecto de los artículos 5 c) y 12 del DFL N° 1/2006 del Ministerio del Interior, 15, 124 y 221 del DFL N° 4/20.018, de 2006, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción, en los autos Rol N° 5678-2008 sobre recurso de casación en el fondo interpuesto ante la Corte Suprema. (30.03.10) Rol N° 1.669-10, considerando 47°.

15 Tribunal Constitucional, Control de Constitucionalidad del proyecto de ley que sanciona el transporte de desechos hacia vertederos clandestinos, correspondiente al boletín N° 7908-15, (15.09.15) Rol N° 2.899-15, considerando 11°.

16 Es así como la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.669 sostuvo “Que, tratándose de la potestad reglamentaria municipal, sin embargo, es necesario considerar que tiene que existir un espacio para los intereses municipales en la complementación o ejecución de la legislación. En ese sentido, la ley debe regular nacionalmente, pero con una uniformidad básica o esencial. El elemento normativo uniforme o común del legislador nacional debe ser, por lo mismo, no especialmente detallado. Por una parte, porque no puede no considerar las realidades diferentes de cada municipio. Las casi 350 municipalidades que existen en nuestro país, no son iguales. Tienen diferencias geográficas, de clima, de realidad económica, de densidad poblacional. Por la otra, porque el municipio cuenta con órganos representativos de los intereses comunes en su estructura organizativa (el Concejo Municipal, el alcalde). Ellos deben diseñar y aprobar las normas cuyos destinatarios son los habitantes de la comuna. Llevar la legislación a sus consecuencias prácticas, no puede prescindir de la realidad local”. Op. cit. Tribunal Constitucional, Rol N° 1.669, considerando 56°. En tanto que su sentencia Rol N° 3.063 planteó que la potestad de las municipalidades conforme a la cual pueden dictar ordenanzas municipales “se asemeja a la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República, que establece el artículo 32, N° 6°, de la Constitución Política, en tanto importa el poder de desarrollar los mandatos legales, por medio de una regulación pormenorizada, para así conseguir su concreción”. Tribunal Constitucional. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Gladys Vásquez Vásquez respecto de los artículos 5, letra d), 12 y 63, letra i), de la ley 18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en los autos sobre recurso de apelación de protección, caratulados “Gladys Lucia Vasquez Vasquez contra Municipalidad de Arica”, de que conoce la Corte Suprema, Rol N° 33270-2016 (06.06.16) Rol N° 3.093-16, considerando 5°.

17 Op. cit. Tribunal Constitucional, Rol N° 1.669-10, considerando 47°.

pueden contradecir los reglamentos del Presidente de la República”¹⁸.

De lo anterior se sigue, entre otras consecuencias, que las ordenanzas municipales no pueden prohibir actividades permitidas expresamente por la ley. Así, por ejemplo, conforme a este criterio, tiempo atrás la Contraloría General de la República declaró la ilegalidad de una ordenanza municipal que prohibió el rodeo, pues “no procede que mediante una ordenanza municipal se prohíba el ejercicio de una actividad deportiva reconocida por el ordenamiento jurídico, como acontece con el rodeo, ya que ello significaría una discriminación arbitraria y una contravención al principio de juridicidad”¹⁹, y de las ordenanzas municipales que prohibieron el uso de bolsas de plástico²⁰, pues “no es posible que a través de una ordenanza se afecte, mediante una prohibición, el derecho a desarrollar una actividad económica, que asegura el Artículo 19, N° 21°, de la Constitución Política”²¹.

En correspondencia con esto, el dictamen en comento planteó que el artículo 20 de la Ordenanza de la I. Municipalidad de San José de Maipo sobre Tenencia Responsable de Animales (ordenanza de ejecución) contravenía el principio de legalidad/juridicidad, pues prohibía una actividad permitida por la ley expresamente, como lo es proveer cuidados básicos a perros y gatos callejeros.

Con todo, cabe destacar que el dictamen en comento entendió que dicha contravención se verificaba de tres formas en la especie:

Como contravención de ley directa (y su reglamento). Esto es, la ley que la ordenanza en cuestión ejecuta en el plano local, esto es, la Ley N°21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía, y su reglamento²²;

18 Op. cit. Tribunal Constitucional Rol N° 2.899-15, considerando 11°. Esto también lo ha destacado la Contraloría General de la República. Así ha reprochado el hecho que una ordenanza municipal “contraviene el mencionado precepto reglamentario”. Contraloría General de la República (28.02.13) N° 13.554-2013.

19 Dictamen de la Contraloría General de la República (19.04.18), N° 10.191-2018.

20 Con anterioridad a la Ley N° 21.100 (03.08.18), Prohíbe la Entrega de Bolsas de Plástico de Comercio en Todo el Territorio Nacional.

21 Dictamen de la Contraloría General de la República (10.11.14), N° 86.870-2014. Asimismo, en otro dictamen sostuvo que “el ejercicio de tal potestad debe enmarcarse dentro del ordenamiento jurídico vigente, lo cual implica que por su intermedio no pueden establecerse mayores requisitos o restricciones al desarrollo de las actividades económicas que aquellos que hubieren sido impuestos por la ley o por las normas dictadas por los órganos competentes, pues lo contrario significaría actuar en contravención a los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, y 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que consagran el principio de juridicidad”. Contraloría General de la República (30.01.14), N° 7.368-2014.

22 Decreto N° 1.001 de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (17.08.18) Reglamento de la Ley N° 21.020, sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía.

Como contravención de leyes indirectas. Esto es, leyes distintas a la ley directa – que ejecuta–, y que el dictamen en comento identificó con aquella que sanciona el abandono de animales como maltrato y crueldad animal (artículo 291 bis del Código Penal), y con aquella que exige darles un trato adecuado y evitarles sufrimientos innecesarios (artículo 1º de la Ley N° 20.380, sobre Protección de Animales); y

Como contravención del Ordenamiento Jurídico. En efecto, el dictamen en comento, aparte de las contravenciones ya referidas, agrega la contravención del Ordenamiento Jurídico, el cual, de acuerdo a una interpretación sistemática y finalista, “reconoce una protección general a los animales y prohíbe su sufrimiento innecesario”.

Esta última forma de concebir la contravención del principio de legalidad/juridicidad, es, en cierto modo, inusual en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República. En efecto, ésta acostumbra a fundarla en precisos preceptos legales (ley directa o indirecta), mas en esta oportunidad lo hace, además, en relación al Ordenamiento Jurídico, en tanto éste “reconoce una protección general a los animales y prohíbe su sufrimiento innecesario”, lo que bien podríamos calificar como el espíritu general de la Legislación (o bien como un principio general de Derecho) en lo relativo a los animales.

Así, conforme se aprecia, la Contraloría General de la República establece un nuevo parámetro de control para determinar si la actuación de un órgano de la Administración referida a los animales, se ajusta o no a Derecho: el espíritu general de la Legislación que exige que aquellos no sean desprotegidos y no se les ocasione ninguna clase de sufrimiento innecesario.

2. EL MODO DE ACCESO A DICHO CONTROL.

El modo a través del cual se ha accedido al control del referido artículo de esta ordenanza de la I. Municipalidad de San José de Maipo por parte de la Contraloría General de la República, ha sido una solicitud de pronunciamiento sobre su legalidad que le dirigió un particular.

Corresponde, por tanto, que a continuación abordemos las características y ventajas de este procedimiento –muy especialmente en relación a la protección de los animales– y cómo operó en este caso y como podría hacerlo en otros en lo sucesivo.

De acuerdo a este procedimiento, cualquier particular puede solicitar a la Contraloría General de la República un pronunciamiento sobre la legalidad de una actuación específica de un órgano de la Administración²³ (siempre que la materia sobre la que trate sea de aquellas sobre las cuales puede informar y no importe un asunto

²³ Dictamen de la Contraloría General de la República (27.03.15), N° 24.143-2015.

litigioso –y lo es tal en la medida que ya haya sido judicializado²⁴). En atención a dicha solicitud, y previo informe del respectivo órgano de la Administración, aquélla expedirá un dictamen que determinará si tal actuación se ajusta o no a Derecho. Así, en la práctica, opera como un cuasi contencioso administrativo, en tanto que el respectivo dictamen como una cuasi sentencia, toda vez que este último será vinculante para el respectivo órgano de la Administración (aunque también, en tanto importa jurisprudencia administrativa, para todos los órganos de la Administración)²⁵.

Este procedimiento presenta grandes ventajas para el solicitante en comparación a la vía jurisdiccional; lo que se constata muy especialmente en estos tres aspectos²⁶: i) Legitimación activa. Mientras la vía jurisdiccional precisa que quien ejerza la acción haya sido lesionado en sus derechos o intereses legítimos²⁷, sin perjuicio de exigencias específicas de determinadas acciones; la solicitud de pronunciamiento a la Contraloría General de la República sólo precisa que el solicitante “tenga derechos o intereses específicos, individuales o colectivos”²⁸ en el respectivo asunto²⁹; ii) Efectos. Mientras la vía jurisdiccional concluye en sentencias judiciales que “no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”³⁰; los dictámenes de la Contraloría General de la República, en tanto conforman su jurisprudencia administrativa, producen efectos generales, toda vez que vinculan no sólo al respectivo órgano de la Administración, sino que a todos los órganos de la Administración; y iii) Precedente. Mientras la vía jurisdiccional, a través de las respectivas sentencias, no sienta un precedente (razón por la cual nada obsta para que el criterio aplicado por un tribunal en un caso, sea distinto en otro, por muy

24 Artículo 6º de la Ley N° 10.336 (10.07.64), Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

25 Un análisis sistemático sobre esta práctica puede encontrarse en: DE LA CRUZ MILLAR, Alicia. *Contraloría General de la República: ¿Jurisdicción contenciosa administrativa?*. Santiago, Chile. Ediciones DER. 2019.

26 Las diferencias entre el control judicial y el efectuado por la Contraloría General de la República, a través de dictámenes, las hemos tratado latamente en: ROMÁN, Cristian. Dictámenes de la Contraloría General de la República y acción declarativa de mera certeza. *En Sentencias Destacadas 2017*. Santiago, Chile. Libertad y Desarrollo. p. 409-415.

27 Artículo 38, inciso 2º, de la Constitución Política de la República.

28 Dictamen de la Contraloría General de la República (27.03.15), N° 24.143-2015.

29 Por tanto, no precisa que la desprotección de los animales deba subsumirse en la lesión de derechos e intereses legítimos de una persona para que sea procedente, como es la exigencia general en la vía jurisdiccional.

30 Artículo 3º, inciso 2º, del Código Civil.

parecido o idéntico que sea de aquél³¹); los dictámenes de la Contraloría General de la República, en tanto conforman su jurisprudencia administrativa, sí sientan un precedente y, en consecuencia, los dictámenes que con posterioridad expida no podrán desatenderlo. Y si bien nada obsta para que dicho Ente de Control pueda cambiar su criterio, esto es muy excepcional, y cuando así acontezca, precisará que el dictamen que introduzca el nuevo criterio –dejando sin vigencia el anterior– lo reconozca expresamente y cuente con una motivación reforzada³².

Dicho lo anterior, cabe esbozar en términos generales el control al que están sometidas las ordenanzas municipales. Este control puede ser: *a priori*, esto es, en el marco de su proceso de formación, y *a posteriori*, esto es, una vez que ha entrado en vigor³³. El control *a priori* opera a través del concejo y la unidad de control municipal. Cabe destacar que las ordenanzas municipales, tal como la generalidad de las resoluciones municipales –salvo el reglamento que fija la planta de personal³⁴–, están exentas por ley del trámite de la toma de razón³⁵. Así el control que, en esta fase, puede corresponder a la Contraloría General de la República es excepcionalísimo y tiene lugar cuando el alcalde, como máxima autoridad de la municipalidad³⁶, o uno o más concejales, en el marco del procedimiento de creación de una ordenanza municipal, le requieren pronunciamiento sobre la legalidad del proyecto de ordenanza

³¹ Lo cual ocurre muy especialmente en materias de Derecho Administrativo. Al respecto véase: VERGARA, Alejandro. El Derecho Administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: líneas y vacilaciones. *Revista de Derecho Administrativo Económico*. Santiago, Chile. 2019.18.

³² Esto lo tratamos al analizar un reciente dictamen a través del cual se cambia un criterio de la jurisprudencia administrativa sostenida por 40 años: ROMÁN, Cristian. Un grave e inaceptable atentado al ejercicio de la profesión de abogado. Comentario sobre el dictamen Nº12.120-2019 de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho Público*. Santiago, Chile. 2019. 91: 59-74.

³³ A esto nos hemos referido latamente en: ROMÁN, Cristian. El control de legalidad de las ordenanzas municipales: criterios y propuestas. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*. Santiago, Chile. 2019. 3:11-15.

³⁴ Op. cit. Ley Nº 18.695. Artículo 49 bis, incisos 1º y 2º.

³⁵ Op. cit. Ley Nº 18.695. Artículo 53.

³⁶ Op. cit. Ley Nº 18.695. Artículo 56.

municipal³⁷. Esta práctica puede incluso ser formalizada a través de convenios de colaboración inter-orgánica entre municipalidades y este Ente de Control. El control *a posteriori* opera a través de acciones judiciales (por ejemplo, el recurso de protección, el reclamo de ilegalidad municipal, la nulidad de derecho público, etcétera) o a través de la solicitud de pronunciamiento sobre su legalidad a la Contraloría General de la República, a instancia de un particular. Esta última constituye la forma de control de las ordenanzas municipales más empleada en la práctica, lo cual puede explicarse por las sustanciales ventajas que presenta en comparación a la vía jurisdiccional, conforme se ha indicado.

Precisamente de esta forma, ha operado en el caso que da origen al dictamen en comento. En efecto, un particular ha requerido a la Contraloría General de la República un pronunciamiento sobre la legalidad del referido artículo de la Ordenanza de la I. Municipalidad de San José de Maipo sobre Tenencia Responsable de Mascotas; frente a esa solicitud, aquélla requirió informe a esta última; y finalmente dictaminó en los términos referidos (muy favorables a la protección de los animales, conforme se ha observado). Y como dicho dictamen importa jurisprudencia administrativa, es vinculante para dicha municipalidad, razón por la que “deberá modificarlo” e informar al respecto, así como también para todos los órganos de la Administración, muy especialmente para las municipalidades³⁸.

Interesante es constatar que el parámetro de control relevado por la Contraloría General de la República en el dictamen en comento, esto es, que la actuación de los órganos de la Administración que contravienen el espíritu general de la Legislación en cuanto a los animales, vale decir, que les genere desprotección o les ocasione sufrimientos innecesarios, no se ajusta a Derecho, hoy conforma jurisprudencia administrativa (su precedente), razón por la cual deberá observarlo en lo sucesivo. De ello se sigue que todo aquél que advierta que un órgano de la Administración con su actuar contraviene dicho espíritu general de la Legislación, podrá solicitarle pronunciamiento al respecto, y aquélla, una vez constatado esto, previsiblemente declarará que tal actuar no se ajusta a Derecho y, consecuentemente, ordenará su modificación.

³⁷ Op. cit. Ley N° 10.336, Artículos 6° y 9°. Véase también Op. cit. Contraloría General de la República N° 24.143 2015. Esta forma de proceder se advierte, por ejemplo, en los dictámenes de la Contraloría General de la República N°s 2.886-2010 y 16.506-2018. Este último fue expedido en razón de la solicitud de pronunciamiento sobre la legalidad del “proyecto de ordenanza municipal que regula la participación ciudadana” de la Ilustre Municipalidad de Providencia, presentada por el concejal señor Manuel José Monckeberg Balmaceda. Contraloría General de la República (29.06.18), N°16.506-2018. A su vez, la Contraloría General de la República ve con beneplácito este proceder, y en efecto cuando se le ha solicitado, ésta ha señalado que “si bien el documento aludido no está afecto a trámite ante este Organismo de Control, se ha estimado pertinente, en ejercicio de las atribuciones que le confieren los artículos 1° y 6°, entre otros, de la ley N° 10.336, sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, y 52 de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, efectuar algunas consideraciones en relación con el contenido de aquél”. Contraloría General de la República (18.01.10), N° 2.886-2010.

³⁸ Op. cit. Ley N° 10.336, Artículo 9°.

IV

CONCLUSIONES.

A la luz de todo lo anteriormente señalado, podemos concluir:

1. El resultado que se alcanzó con la confluencia del criterio de control empleado y el modo de acceso a dicho control, ha sido particularmente beneficioso para la protección de los animales frente a las actuaciones ilegales de los órganos de la Administración.
2. En cuanto al criterio de control, pues evidenció un parámetro que, a propósito del principio de legalidad/juridicidad, entiende que su contravención no está referida sólo a preceptos legales determinados sino también al Ordenamiento Jurídico en su conjunto, esto es, el espíritu general de la Legislación conforme al cual éste “reconoce una protección general a los animales y prohíbe su sufrimiento innecesario”.
3. En cuanto al modo de acceso a dicho control, pues evidenció un mecanismo para acceder al control de la Contraloría General de la República, la solicitud de pronunciamiento, procedimiento que representa importantes ventajas en comparación a la vía jurisdiccional y más aún en el contexto de la protección de los animales, como, por ejemplo, una amplia legitimación activa, los efectos generales de los dictámenes y el precedente que, en tanto jurisprudencia administrativa, sientan éstos.
4. De esta forma, en lo sucesivo, todo aquél que advierta que un órgano de la Administración con su actuar contraviene el espíritu general de la Legislación en cuanto a los animales, esto es, que les genere desprotección o les ocasione sufrimientos innecesarios, podrá solicitar a la Contraloría General de la República pronunciamiento al respecto, la cual, una vez constatado esto, previsiblemente declarará que tal actuar no se ajusta a Derecho y, consecuentemente, ordenará su modificación.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- › CHIBLE VILLADANGOS, María José. *La idoneidad de las ordenanzas municipales para satisfacer las necesidades públicas y las exigencias ciudadanas*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago, Chile. 2014.
- › BAEZA FERNÁNDEZ, Rodrigo. *Manual Jurídico Municipal*. Santiago: Corporación de Promoción Universitaria. 2004.
- › DE LA CRUZ MILLAR, Alicia. *Contraloría General de la República: ¿Jurisdicción contenciosa administrativa?*. Santiago, Chile. Ediciones DER. 2019.
- › FERNÁNDEZ RICHARD, José. *Derecho Municipal Chileno*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2003.
- › HUIDOBRO SALAS, Ramón. *Tratado de Derecho Administrativo, Derecho y Administración Comunal*. Santiago. Chile. Editorial Legal Publishing. 2010.
- › ROMÁN, Cristian. Dictámenes de la Contraloría General de la República y acción declarativa de mera certeza. *En Sentencias Destacadas 2017*. Santiago, Chile. Libertad y Desarrollo. p. 409-415.
- › ROMÁN, Cristian. Un grave e inaceptable atentado al ejercicio de la profesión de abogado. Comentario sobre el dictamen N°12.120-2019 de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho Público*. Santiago, Chile. 2019. 91: 59-74.
- › ROMÁN, Cristian. El control de legalidad de las ordenanzas municipales: criterios y propuestas. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*. Santiago, Chile. 2019. 3:11-15.
- › ROMÁN CORDERO, Cristian. El "decálogo" de las ordenanzas municipales. *Revista Jurídica Municipal. Asociación de Municipalidades de Chile*. Santiago, Chile. 2019. 3:5-6.
- › ROMÁN CORDERO, Cristian. Ordenanzas municipales: límites y control. En: ASOCIACION CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. *Teoría Política y Constitucional. Libro en Homenaje al profesor Ismael Bustos*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2017. p. 183-201.
- › ROMÁN CORDERO, Cristian. Ordenanzas municipales y tenencia responsable de mascotas. *Revista de Derecho y Humanidades*. Santiago, Chile. 2016. 27:13-36.
- › VERGARA, Alejandro. El Derecho Administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: líneas y vacilaciones. *Revista de Derecho Administrativo Económico*. Santiago, Chile. 2019.18.

Santiago, Chile. 2019.18.

Anexo: Texto íntegro del dictamen de la Contraloría General de la República N°20.435-2019.

N° 20.435 Fecha: 02-VIII-2019

La Il Contraloría Regional Metropolitana de Santiago ha remitido la presentación del señor Federico Wünsch Navarrete, mediante la cual solicita un pronunciamiento respecto de la legalidad del artículo 20 de la "Ordenanza Municipal sobre Tenencia Responsable de Animales en la comuna de San José de Maipo", la cual prohíbe la alimentación, provisión de aguas e instalación de casuchas para animales en la vía pública, lo que, a su entender, significaría un maltrato animal y contravendría lo establecido en el artículo 7° de la ley N° 21.020, "Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía".

Requerida al efecto, la Municipalidad de San José de Maipo informó, en síntesis, que la adecuación de la ordenanza en comento se hizo respetando las leyes N°s. 18.695 y 21.020. Hace presente, que la disposición a que se refiere el recurrente no constituye un método de sacrificio animal, sino que un sistema para desincentivar la reproducción indiscriminada de animales.

Sobre el particular, cabe anotar que de acuerdo con el artículo 12 de la referida ley N° 18.695, los municipios cuentan con la facultad para dictar ordenanzas que fijen normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad, en el ámbito local y respecto de materias que se encuentran en la esfera de sus atribuciones.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 7° de la citada ley N° 21.020 "Las municipalidades deberán dictar una ordenanza sobre la tenencia responsable de mascotas o animales de compañía en el territorio comunal, la que deberá ajustarse a la normativa legal que regula la materia y al reglamento mencionado en el artículo 4°, estableciendo como contenidos mínimos los determinados en el artículo 5° de esta ley".

A su turno, el artículo 5° del texto legal en estudio dispone los contenidos mínimos que deberá contener el reglamento dictado por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, suscrito además por el Ministro de Salud, indicando, en sus numerales 2 y 5, que aquel debe comprender "condiciones para el desarrollo de programas para prevenir el abandono de animales e incentivar la reubicación y cuidado responsable de éstos" y "sistemas para desincentivar la crianza y reproducción indiscriminada de animales".

Enseguida, es del caso señalar que el artículo 2° de la ley en estudio definió para efectos de esa ley, en sus numerales 2 y 5, "animal abandonado", como "toda mascota o animal de compañía que se encuentre sin la vigilancia de la persona responsable

de él o que deambule suelto por la vía pública”; y, “animal perdido”, como “animal de compañía o mascota que se encuentra extraviado, que puede o no contar con elementos de identificación”.

Por su parte, tratándose de especies caninas, definió en sus numerales 3 y 4, “Perro callejero” como “aquel cuyo dueño no hace una tenencia responsable y es mantenido en el espacio público durante todo el día o gran parte de él sin control directo”; y, “Perro comunitario”, como aquel “perro que no tiene un dueño en particular pero que la comunidad alimenta y le entrega cuidados básicos”.

A su vez, respecto de las especies felinas, el artículo 1°, letra d), del decreto N° 1.007, de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, “Reglamento que establece la forma y condiciones en que se aplicarán las normas sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de compañía y determina las normas que permitirán calificar a ciertos especímenes caninos como potencialmente peligrosos”, define “Colonias de gatos” como “Grupo de animales de la especie felina sin tenedor responsable directo, que cohabitan en un territorio que puede tener una extensión variable. Dentro de un plan de manejo poblacional, a una colonia se le puede asociar a una dirección o ubicación, y efectuar el control mediante el método TNR y sus variaciones, y hacer seguimiento en el tiempo por parte de la autoridad local”.

Como es posible advertir de la normativa citada, el legislador reguló expresamente en la ley N° 21.020 la situación de los animales que se encuentren abandonados o perdidos y, en particular, la de los perros y gatos, permitiéndose respecto de los primeros, que aun careciendo de dueño puedan ser alimentados y cuidados por la comunidad, sin establecer como prohibida la anotada conducta por parte de los vecinos; y respecto de los segundos, la posibilidad de monitorearlos por la entidad edilicia, sin que se impida la provisión de cuidados por parte de la población.

En este contexto, es menester recordar que el artículo 12 de la mencionada ley N° 21.020 prohíbe el abandono de animales, estableciendo en su inciso primero que este “será considerado maltrato y crueldad animal y será sancionado de acuerdo a lo establecido en el artículo 291 bis del Código Penal”.

De lo anterior se sigue que el legislador no solo ha permitido que los vecinos puedan cuidar a los animales abandonados o perdidos, sin que por ello se establezca una sanción, sino que además ha prohibido y penalizado su abandono.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, cabe hacer presente que la ley N° 20.380, “sobre protección de animales”, establece en su artículo 1°, que sus normas están destinadas a conocer, proteger y respetar a los animales, como seres vivos y parte de la naturaleza “con el fin de darles un trato adecuado y evitarles sufrimientos innecesarios”.

Luego, de una interpretación sistemática y finalista de las disposiciones citadas es posible sostener que el ordenamiento jurídico reconoce una protección general a los animales y prohíbe su sufrimiento innecesario.

Puntualizado lo anterior es menester indicar que, en la especie, la "Ordenanza Municipal sobre Tenencia Responsable de Animales en la comuna de San José de Maipo" dispone en su artículo 20, inciso primero, que "Se prohíbe la alimentación, provisión de agua e instalación de casuchas para animales en la vía pública, espacios públicos, así como en espacios comunes de los inmuebles sujetos a la ley N° 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria".

Agrega en su inciso segundo, que "Cualquier elemento que sea susceptible de usar para alimentar, dar de beber o cobijar a un animal que se encuentre, en la vía pública frente a un domicilio, se entenderá como dispuesto en la vía por el dueño, habitante o responsable del domicilio en cuestión, debiendo este asumir la responsabilidad de la infracción al párrafo anterior.

Finalmente, el inciso tercero prevé que "La municipalidad y cualesquiera otras autoridades competentes, retirarán los elementos antes señalados de la vía y espacios públicos y sancionarán a las personas que sean sorprendidas transgrediendo esta disposición".

Por consiguiente, dado que el texto normativo comunal sanciona una conducta permitida por el legislador, al evitar otorgar cuidados básicos a los animales que se encuentren en las condiciones que indica, es del caso concluir que el citado artículo 20 no se ajusta a derecho, por lo que la Municipalidad de San José de Maipo deberá modificarlo, dando cuenta de ello a la II Contraloría Regional Metropolitana de Santiago dentro del plazo de 60 días hábiles contado desde la recepción del presente dictamen.

Saluda atentamente a Ud.

Jorge Bermúdez Soto

Contralor General de la República

