



REVISTA CHILENA
DE DERECHO
ANIMAL







EQUIPO EDITORIAL

COMITÉ EDITORIAL:

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

DIRECTORA GENERAL:

Javiera Farga Parra

EDITORES:

Valeria Campos Soto
Jean Menanteau Monnier

ASISTENTES DE EDICIÓN:

Nicolás Escrig Pedraza
Marysabel Pavéz Jimenez
Daniela Catalán Solar

DISEÑO PORTADA E INTERIORES:

Daniela Catalán Solar

EDITORIAL

El año 2022 fue, nuevamente, un año de avances para el Derecho Animal en Chile. En la Editorial del número anterior de la Revista Chilena de Derecho Animal, lanzada durante la vorágine del proceso constitucional chileno, destacábamos que los animales estaban, por primera vez, en la discusión constitucional de nuestro país. Con felicidad podemos afirmar que, al presentar la Convención Constitucional su propuesta de Constitución Política de la República de Chile, los animales se encontraban en esta. Si bien es cierto que la propuesta constitucional fue finalmente rechazada, creemos que lo propuesto en ella será un valioso aporte para las futuras discusiones constitucionales en nuestro país.

El artículo 131 de la propuesta tenía varias novedades: definía a los animales como sujetos de especial protección, establecía un deber estatal de protección, y les reconocía un derecho: a vivir una vida libre de maltrato. Sin embargo, también se encontraba arraigada en la tradición legal animal chilena, puesto que reconocía la sintiencia y consagraba el deber de promover una educación basada en la empatía y el respeto, ambos principios ya prescritos en la ley animal chilena.

Consiguientemente, distintos artículos del presente número se dedican al análisis pormenorizado de la propuesta. Al respecto, Catalina Castañeda estudia la posible admisibilidad del *habeas corpus* para la protección de animales no humanos en el proyecto de nueva constitución. Castañeda se hace cargo de la ambigüedad de la propuesta, que fue poco precisa respecto a si las normas sobre animales podrían permitir que se interponga la acción referida en su favor. Debido a lo anterior, discurre el trabajo sobre los dos principales problemas que no permitirían la interposición de la acción: la categoría jurídica de los animales no humanos, y su falta de representantes. El trabajo contiene además un estudio de derecho comparado; se refiere, también, al avance que significaba la propuesta para superar el antropocentrismo; y concluye con cómo lo anterior sirve de insumo para el proceso constitucional futuro.

Por su parte, Francisca Baeza analiza las consecuencias que ha tenido en otros países de América la inclusión en su constitución de los animales no humanos. Baeza se refiere a las constituciones de Ecuador, República Dominicana, Panamá, Guatemala, Brasil, Bolivia y Cuba, siguiendo las tradiciones modernas del constitucionalismo comparado. Así, si bien reconoce las diferencias evidentes de cada país, debido a sus propias tradiciones históricas y constitucionales, identifica ciertas líneas transversales a los países estudiados, que permiten dar luces para su consagración en Chile. Asimismo, y debido a que el estudio no es solo constitucional, sino también de la legislación interna, permite identificar las consecuencias que aparejaría la protección de los animales en la constitución.

Saliendo de la materia constitucional, los artículos de Juan Pablo Mañalich y Antonia Martínez se dedican al análisis de la normativa animal penal. Mañalich en particular, y debido a los avances de la legislación penal de España, estudia el fundamento de la criminalización del delito de latrato animal. Así, el autor contrasta dos modelos puros, a saber, el de reforzamiento de la moral social y el bienestarista. Finalmente, se cuestiona si la popularidad que modelo bienestarista goza en derecho comparado hace que esta siempre sea un avance en la protección de los animales no humanos, para lo cual se refiere a los límites del bienestarismo.

Por su parte, Martínez, en base a una sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, propone la tipificación de un nuevo delito de maltrato de animal, a título de imprudencia, no sancionado hoy por el ordenamiento jurídico penal. Para realizar lo anterior, analiza el fallo mencionado, observando la problemática que en este se produce en relación a la posibilidad de sancionar el delito de maltrato animal con imprudencia. Posteriormente, realiza un análisis detallado del delito de maltrato animal regulado en el Código Penal chileno, de la imprudencia como criterio de imputación extraordinario, y de la tipificación de la imprudencia en el ordenamiento jurídico chileno. Asimismo, y con el objeto de apoyar aún más su argumentación en favor de tipificación de este delito, utiliza ejemplos de regulación de ese tipo penal en legislación comparada. En definitiva, el trabajo consiste en un importante análisis sobre la necesidad de tipificar este maltrato animal, incorporando variada argumentación al respecto. Los artículos de Mañalich y Martínez posicionan al Derecho Penal como una de las materias más estudiadas y con más solidez argumentativa cuentan dentro del Derecho Animal, engarzándose con la doctrina que diversos autores han desarrollado, y que la Revista de Derecho Animal contiene además en sus ediciones pasadas.

En otro orden de ideas, el documento presentado por Liberatori, Villarino, Fernandez, Guaimas y Miraldo entrega una novedosa mirada sobre lo realizado por los autores en el caso de la Orangután Sandra, que vivía en cautiverio en Buenos Aires, Argentina. Al respecto, el trabajo entrega la posibilidad de mirar en primera persona la experiencia del trámite del expediente judicial en el caso referido. Asimismo, argumenta favorablemente en relación a la flexibilidad de los conceptos y categorías en que se clasifica a los animales no humanos y cómo el contexto social influye a que estas definiciones sean dinámicas. De este modo, los autores hacen referencia a diversos países y documentos internacionales que demostrarían la posibilidad de lograr un cambio de paradigma en relación al respeto de los animales.

En una línea similar, el comentario de jurisprudencia de Mondaca se refiere a lo que el denomina un "razonamiento judicial adecuado en torno a los animales". Para demostrar una mutación en la mirada que los jueces tienen sobre los animales no humanos analiza dos sentencias: aquella en que la Corte Suprema confirmó la inadmisibilidad del *habeas corpus* en favor de Sandai, la orangután privada de libertad en el BuinZoo, y la sentencia del 8° Juzgado Civil de Santiago que acogió una demanda de cese gratuito de bien común proindiviso de dos perros. Mondaca luego afirma que el punto común entre ambas sentencias es la alteración de la forma tradicional de aplicación de las normas de derecho animal y explica en particular cómo se realiza dicho cambio. Concluye el autor con las consecuencias que el desarrollo de la jurisprudencia, de la mano con otros avances, puede tener para el Derecho Animal.

Por su parte, Román realiza un análisis del Dictamen de la Contraloría General de la República N° E51.688-2020, en que se pronunció sobre el Comité de Bioética Animal, creado en la ley N° 20.380, y al que le corresponde definir las directrices bajo las cuales se desarrollaran los experimentos en animales vivos. Román explica las principales conclusiones del Dictamen analizado para luego referirse a la escasa regulación legal sobre el Comité, y cómo la Contraloría intenta llenar dicho vacío legal. Consiguientemente, explica qué es en definitiva el Comité y qué debe entenderse por las directrices que debe impartir. Finalmente, se refiere a dos preguntas no respondidas por el Dictamen: quién fiscaliza el cumplimiento de las directrices y cómo debe hacerlo. El documento es un excelente avance en la materia y, además de entregar las primeras definiciones sobre el Comité, levanta relevantes preguntas a responder en relación a este.

Por último, Horta examina, desde una perspectiva filosófica, la definición de "especismo", expresión que se utiliza de manera transversal en los diferentes debates referidos a la ética y el

Derecho Animal. En su artículo, el autor argumenta a favor de una definición desde la perspectiva de la discriminación y critica otros usos del concepto, muchas veces problemáticos y, de hecho, especistas.

Como es posible observar, los artículos de esta edición denotan el avance del Derecho Animal que ha sido patente en los últimos años y, además, describen diversos cambios en los paradigmas clásicos de la relación del derecho con los animales no humanos. Confiamos en que el segundo número de la Editorial contribuyó al debate constitucional sucedido en la Convención Constitucional; del mismo modo, esperamos que este nuevo número permita estudiar los aciertos y errores del proceso, así como continuar presente en el desarrollo del Derecho Animal en distintas materias, avanzando en la protección de los animales no humanos.

EQUIPO EDITORIAL

ÍNDICE

PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS DEL DERECHO ANIMAL

La definición del especismo. (Traducción)

Defining speciesism

Oscar Horta y Flauke Albersmeier 9

ARTÍCULOS

El injusto del maltrato animal

The wrongness of animal abuse

Juan Pablo Mañalich 23

Una defensa de la tipificación del delito de maltrato animal

A defense of the punishability of the negligent crime of animal abuse

Antonia Martínez Vargas 37

¿Qué ocurrió con los países de América luego de incluir a los animales no humanos en sus constituciones?

What happened to the countries of the Americas after the inclusion of nonhuman animals in their constitutions?

Francisca Baeza Castro 56

Admisibilidad del *habeas corpus* para la protección de animales no humanos en el proyecto de nueva constitución

The use of habeas corpus for the protection of nonhuman animals in the new constitution project

Catalina Castañeda Valdivieso 69

Análisis del caso Sandra y de las consecuencias del cautiverio en animales silvestres.

Study about the case of Sandra, the orangutan and the consequences of captivity in wild animals

Elena Liberatori, Noelia Villarino, María José Fernández,

María Lucía Guaimas y Juan Martín Miraldo. 80

COMENTARIOS

¿El Comité de Bioética Animal. Comentario sobre el Dictamen de la Contraloría General de la República N° E51-688-2020

Animal bioethics committee (commentary on the opinion of the comptroller general of the republic n°e51.688-2020)

Cristián Román Cordero 106

Animales, jueces y cambio de paradigma jurídico

Animals, judges and legal paradigm change

Daniel Mondaca Garay 126

PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS DEL DERECHO ANIMAL

LA DEFINICIÓN DEL ESPECISMO¹

DEFINING SPECIESISM

OSCAR HORTA²

FRAUKE ALBERSMEIER³

RESUMEN: El término “especismo” ha desempeñado un papel fundamental en los debates sobre la consideración moral de los animales no humanos, pero el trabajo que se ha dedicado a aclarar su significado ha sido muy reducido. En consecuencia, el concepto de especismo sigue siendo poco conocido y a menudo se emplea de formas problemáticas, que podrían ser, de hecho, resultado de un sesgo especista. Este artículo examina este problema mediante la presentación de una definición del especismo en términos de discriminación. El artículo argumenta a favor de las ventajas de esta definición frente a otras posiciones alternativas. Para ello, comienza presentando los objetivos clave que debería cumplir de forma general una definición de la discriminación, y de forma particular una definición del especismo. A continuación, presenta una concepción amplia y evaluativa del especismo. Conforme a esta, el especismo es la consideración o el trato injustificado desfavorable de aquellos individuos que no son clasificados en una determinada especie (cuyos miembros, en cambio, son favorecidos). A continuación, el artículo examina otras caracterizaciones diferentes de esta, como son las definiciones del especismo estrechas y las descriptivas. Este artículo argumenta que tales definiciones son problemáticas, ya que restringen excesivamente el alcance de los fenómenos que pueden identificarse como especistas, y rompen la continuidad con el modo en el que se entienden otras formas de discriminación, como el racismo y el sexismo.

PALABRAS CLAVES: Antropocentrismo, concepciones del especismo, discriminación, especismo.

ABSTRACT: The term “speciesism” has played a key role in debates about the moral consideration of nonhuman animals, yet little work has been dedicated to clarifying its meaning. Consequently, the concept remains poorly understood and is often employed in ways that might display a speciesist bias themselves. To address this problem, this article develops a definition of speciesism in terms of discrimination and argues in favor of its advantages over alternative accounts. After discussing the key desiderata for a definition of discrimination in general and speciesism in particular, a wide and evaluative account of speciesism is presented. According to it, speciesism is unjustified consideration or treatment of those who are not classified as belonging to a certain species. The article then discusses rival accounts, namely narrow and descriptive definitions of speciesism. The article argues that such accounts are problematic as they overly restrict the scope of phenomena that can be identified as speciesist and disrupt the continuity with other forms of discrimination such as racism and sexism.

¹ El presente texto es una versión actualizada del artículo “Defining Speciesism” publicado originalmente en idioma inglés en 2020 en *Philosophy Compass*, 15/11, 1-9, y ha sido traducido por los autores para su publicación en el tercer número de la Revista Chilena de Derecho Animal.

² Doctor en filosofía y profesor en la Universidade de Santiago de Compostela, y miembro de la Fundación Ética Animal, oscar.horta@usc.es

³ Doctora en filosofía e investigadora en la Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, frauke.albersmeier@hhu.de

KEYWORDS: Accounts of speciesism, anthropocentrism, discrimination, speciesism.

I. INTRODUCCIÓN

El término "especismo" fue acuñado en 1970 por Ryder (2010 [1970]) para denominar una forma de discriminación que favorece a quienes pertenecen a una determinada especie (o grupo de especies) frente a otros individuos. Se trata de un término similar a otros que nombran distintas formas de discriminación, como el sexismo y el racismo. Desde su introducción, ha desempeñado un papel fundamental en los debates sobre la consideración moral de los animales no humanos. Sin embargo, y a pesar de que ha pasado medio siglo desde entonces, este concepto sigue siendo muy poco conocido. Y no existe un único uso común del término. Tanto quienes trabajan en el ámbito de la filosofía como quienes hacen activismo en defensa de los animales lo han utilizado de diferentes maneras. Lo que es más preocupante, hasta la fecha se ha realizado muy poco trabajo para aclarar su significado. En la mayoría de los casos, el concepto se ha utilizado sin prestar mucha atención a esta tarea y, a menudo, de forma sesgada, sin tomarlo en serio.

Este artículo explicará las diferentes formas en que se ha definido el especismo en la literatura filosófica, argumentará a favor de una de ellas y explicará varias razones por las que las posiciones alternativas pueden mostrar un sesgo especista en sí mismas. Para ello, el apartado 1 presentará algunos elementos clave que debe tener una definición de discriminación. Partiendo de estos, el apartado 2 presentará una definición de especismo que tendrá un alcance muy amplio y que será a la vez amplia y evaluativa. El apartado 3 explicará la distinción entre las definiciones amplia y estrecha de especismo y defenderá la primera. El apartado 4 presentará el debate entre las definiciones evaluativas y descriptivas del especismo, y defenderá las primeras frente a las segundas. El apartado 5 concluirá explicando por qué el debate sobre estas cuestiones es importante.

II. CARACTERÍSTICAS COMUNES A TODAS LAS DISCRIMINACIONES

La breve caracterización del especismo presentada arriba lo define en términos de discriminación. Una definición más precisa del especismo requiere, por tanto, especificar las características que debe tener una determinada acción, actitud o situación para ser discriminatoria. No cabe duda de que hay muchos tipos diferentes de discriminación, y algunos de ellos pueden tener rasgos específicos que no comparten otros. Sin embargo, si todas ellas pueden llamarse "discriminación" es porque tienen algunas características en común. Estos rasgos que se encuentran en todas las formas de discriminación deben, por tanto, ser compartidos también por el especismo. Se pueden indicar los siguientes:

1. Ser comparativamente peor para alguien

La principal característica del concepto de discriminación es que es comparativo (Lippert-Rasmussen, 2014). Para que alguien sufra una discriminación, tiene que recibir un trato o consideración peor que el que reciben otros individuos, aunque por el resto no sufra un daño. Supongamos que una persona filántropa dona dinero para el cuidado de huérfanas europeas y

asiáticas, pero decide donar más dinero a las primeras al pensar que las personas de origen europeo son más importantes que los demás seres humanos. Supongamos que nadie más se entera de esto porque esta persona actúa de forma anónima y nunca lo menciona a nadie. Esta persona estaría discriminando a las huérfanas asiáticas por motivos racistas, aunque no les estaría perjudicando, sino ayudando. Algo similar puede ocurrir en el caso de otras discriminaciones como el especismo.

2. Falta de justificación

Sin embargo, no todas las formas de consideración o trato comparativamente peor son discriminatorias. Muchas de nuestras acciones afectan a otros seres de forma diferente sin ser discriminatorias. Normalmente negamos que lo sean si existe una justificación para ello. En cambio, cuando afirmamos que son discriminatorias, es porque entendemos que hay algo censurable en ellas. Esto lleva a concluir que tratar o considerar a alguien peor que a otros individuos tiene que ser injustificado para ser discriminatorio (Wasserman, 1998).

3. Que implique consideración o trato

Las formas comunes de discriminación tienen lugar cuando los intereses de quienes sufren la discriminación se ven afectados de forma desventajosa. Pero hay muchas otras formas en las que es posible recibir una consideración peor a la que se da a otros individuos. Alguien puede tener la intención de actuar contra un determinado animal debido a una actitud especista, pero no lograr hacerlo por razones ajenas a su voluntad. Además, algunas formas de discriminación no están directamente relacionadas con la consideración de los intereses de los discriminados. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de la discriminación epistémica. Así, cuando el desdén por los animales no humanos lleva a considerar que estos tienen capacidades cognitivas inferiores a las que realmente tienen, estamos ante un caso de especismo epistémico⁴.

Tal vez sean necesarias otras condiciones para que haya discriminación. Si es así, tendrán que ser compartidas por todos los tipos de discriminación. Pero las condiciones indicadas arriba parecen como mínimo fuertes candidatas.

Es importante señalar al respecto que no solo los juicios morales como tales pueden ser discriminatorios. La discriminación es un fenómeno complejo que se da en diferentes ámbitos. De acuerdo con esto, las acciones que tratan a alguien de acuerdo con opiniones morales especistas son prácticas especistas y, por tanto, casos de especismo en sí mismas, incluso cuando los agentes no son realmente conscientes de tener una opinión especista. Además, una disposición psicológica a pensar y comportarse como prescribe el especismo también sería especista (Caviola, Everett y Faber, 2018). Asimismo, las distintas formas de institucionalización socioeconómica, política y legal de las prácticas especistas también serían instancias de especismo (Wyckoff, 2015). Tales prácticas, además de ser el resultado de actitudes especistas individuales, condicionarían y

⁴ La discriminación epistémica sería una forma comparativa de injusticia epistémica. Véase Fricker (2007). El caso de la discriminación epistémica también muestra por qué la definición de especismo en términos de trato o consideración desventajosa puede ser demasiado restringida si por “desventajoso para x” entendemos solamente “peor para los intereses de x”, y no solo “peor en cualquier forma en que x pueda ser objeto de un cierto trato o consideración”. Otro ejemplo de discriminación que apunta esto podría ser la discriminación contra algunos individuos muertos en comparación con otros, si asumimos que los primeros no pueden ser perjudicados.

reforzarían estas. En consecuencia, las situaciones estructurales que favorecen a algunos individuos en detrimento de otros pueden ser ejemplos de especismo incluso cuando sus agentes causales reales son difíciles de identificar. Sin duda, a cierto nivel, hay que suponer que existen (o han existido) agentes que han contribuido con acciones injustificadas a la iniciación o perpetuación de las estructuras especistas. La condición de que el especismo, en tanto que discriminación, carece de justificación, requiere la participación de agentes cuyas opiniones o acciones pueden carecer de justificación. Sin embargo, esto deja abierta la posibilidad de aplicar el término "especismo" a las estructuras que resultan de las acciones de estos agentes.

III. UNA DEFINICIÓN DE ESPECISMO

A la luz de lo que acabamos de ver en la sección anterior, podemos perfeccionar la caracterización presentada anteriormente y dar una definición relativamente sencilla del especismo como sigue:

El especismo (en sentido simple) es la consideración o el trato comparativamente peor y sin justificación de quienes no pertenecen a una cierta especie.

Esta definición debe entenderse de forma amplia, para abarcar todo tipo de consideraciones o tratamientos (ya sea por un solo agente o por instituciones o colectivos). También tiene un alcance amplio, en el sentido de que no está comprometida con ninguna concepción normativa particular sobre las circunstancias en las que tales consideraciones o tratamientos pueden ser injustificados. Sin embargo, hay tres razones por las que esta definición aún debe ser refinada un poco más.

La primera es que el especismo puede discriminar en algunos casos a quienes no pertenecen a una sola especie, como por ejemplo la especie *Homo sapiens*. De hecho, el término "especismo" se ha utilizado a veces para denominar la discriminación contra los animales no humanos (Kaufman, 1998 o Waldau, 2002)⁵. Pero aceptar este significado nos dejaría sin una palabra para otros tipos de discriminación. También puede haber discriminación en función de la especie cuando se da una consideración o un trato desventajoso injustificado a quienes no pertenecen a un grupo de especies. Esto último ocurriría, por ejemplo, en el caso de la discriminación de quienes no pertenecen al grupo de los grandes simios, dentro del cual, además de los humanos, hay otros animales más emparentados con ellos, como los chimpancés, los bonobos, los gorilas y los orangutanes. También es posible (y de hecho muy común) discriminar a algunos animales no humanos en comparación con otros. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de los animales que los seres humanos suelen matar para consumir como comida, o en el de los animales que no aprecian estéticamente, o en el de los que tienen un tamaño muy pequeño, en comparación con los animales que los humanos no utilizan de ninguna manera, los animales que son apreciados estéticamente por los humanos o los que son grandes (Bekoff, 1998; Mason, 2009). Se trata de categorías en las que pueden entrar animales de muchas especies. Debido a esto, según otro uso del término común en el ámbito de la filosofía y la defensa de los animales (Ética Animal, 2014; Dunayer, 2004), todas estas posibles formas de discriminación son instancias de "especismo". Este resulta un uso más

⁵ Este punto de vista se ha denominado a veces "chovinismo humano" (Routley y Routley, 1979) o "supremacismo humano" (Kymlicka, 2018). En algunos casos, el especismo se ha definido como la discriminación contra los seres de otras especies (Humphreys, 2010; Singer, 1975). Este uso es conceptualmente diferente de su identificación con la discriminación contra los animales no humanos, pero se enfrenta a problemas similares.

correcto, ya que hay muchas otras especies además de *Homo sapiens*. La discriminación contra quienes no son humanos puede denominarse más adecuadamente “especismo antropocéntrico”⁶. La segunda razón por la que la definición de especismo presentada anteriormente necesita una mayor elaboración consiste en que está meramente orientada a la exclusión. Lo que esto significa es que se centra en la discriminación de quienes no pertenecen a alguna especie favorecida (o sea, en su exclusión del grupo de los individuos no discriminados). Una definición orientada a la inclusión, en cambio, se centraría en la discriminación de quienes pertenecen a una cierta especie objeto de desconsideración (o sea, en su inclusión en el grupo de los individuos discriminados). Muchos casos reales de especismo coinciden con lo que señala la definición orientada a la exclusión. Pero hay especistas que tienen una actitud especial de hostilidad o desprecio por los animales que pertenecen a alguna especie en particular. Estos animales pueden ser discriminados no solo por no pertenecer a una determinada especie favorecida por quienes son especistas, sino también por pertenecer a su propia especie, objeto de hostilidad. Este sería el caso, por ejemplo, de alguien que trata especialmente mal a las ratas porque son ratas. Mientras que puede tratar a los animales en general peor que a los humanos porque no son humanos (ejemplificando así el especismo orientado a la exclusión), trata a las ratas aún peor por el hecho de ser ratas, no por no ser humanos y no porque tampoco sean perros o gatos o pertenezcan a alguna otra especie “elegida” (mostrando así también el especismo orientado a la inclusión). La gente también puede tener una actitud de hostilidad hacia todos los animales no humanos en general, además de su actitud positiva hacia los humanos.

Por último, la tercera razón por la que se necesita una definición más matizada es que el propio concepto de especie es difícil de definir, y no está claro si nombra tipos naturales reales y en qué sentido. La crítica a los conceptos realistas de especie puede poner en tela de juicio la base biológica de las categorizaciones especistas. Sin embargo, esta crítica no es necesaria para rechazar el especismo. La mejor definición del especismo será, pues, una que sea compatible tanto con la aceptación como con el rechazo de dicha crítica. Este será el caso si la definición se centra en las formas en que los animales pueden clasificarse en diferentes especies, independientemente de que dicha clasificación se identifique con la pertenencia real a algún tipo natural o solo con los juicios de categorización de quienes sostienen opiniones especistas. Este enfoque también permitirá que la definición capte casos de discriminación basados en falsas categorizaciones. De este modo, podemos ver que los ejemplos históricos en los que se discriminó a determinados seres humanos por no ser considerados humanos fueron casos no solo de racismo, sino también de especismo. El motivo consiste en que se basaban en la idea de que, al pertenecer a una especie diferente (aunque esto no fuese el caso), esos seres humanos eran de algún modo inferiores.

A la luz de todo esto, podemos llegar a una definición más elaborada que pueda abarcar todos los casos de especismo sin nombrar como especistas opiniones que no lo son:

El *especismo* (en sentido elaborado) es la consideración o el trato comparativamente peor e injustificado de aquellos individuos a quienes o bien no se clasifica como pertenecientes a una determinada especie (o grupo de especies) cuyos miembros, en cambio, son favorecidos, o bien se clasifica como

⁶ De hecho, el especismo antropocéntrico sería una discriminación hacia quienes no pertenecen a un determinado género, el *Homo*, y no solo a una determinada especie, el *Homo sapiens*, por lo que además de ser una forma de especismo sería también un caso de lo que podemos llamar generismo, una discriminación hacia quienes no pertenecen a un determinado género (la categoría taxonómica dividida en especies, del latín *genus*).

pertenecientes a una determinada especie (o grupo de especies) cuyos miembros son desfavorecidos.

Esta definición puede evitar las tres confusiones que acabamos de ver, por lo que es filosóficamente preferible y resulta útil para tener una idea clara de lo que es el especismo. Se puede argumentar que, sin embargo, sería posible que la definición simple se utilizara en algunos casos como un atajo para la elaborada (que es más engorrosa). No obstante, para que esto sea así, es necesario que los elementos incluidos en la definición simple se entiendan de forma muy amplia, de modo que puedan representar adecuadamente lo que indica la definición elaborada.

IV. DEFINICIONES AMPLIAS Y ESTRECHAS

La definición anterior es amplia, ya que implica que cualquier forma de discriminación contra quienes no pertenecen a una determinada especie es especista (LaFollete y Shanks, 1996; Rachels, 1990). Otras definiciones de especismo, sin embargo, son más restrictivas. Según las definiciones que podemos considerar moderadamente estrechas (Pluhar, 1995), algunas formas de discriminación contra quienes no son miembros de alguna especie no son especistas:

Especismo (en sentido moderadamente estrecho) es la discriminación de aquellos individuos a quienes o bien no se clasifica como pertenecientes a una determinada especie (o grupo de especies) cuyos miembros, en cambio, son favorecidos, o bien se clasifica como pertenecientes a una determinada especie (o grupo de especies) cuyos miembros son desfavorecidos, cuando se lleva a cabo por razones diferentes a las capacidades individuales verificables de esos individuos.

Por el contrario, según las definiciones radicalmente estrechas (Frey, 1988; Kemmerer, 2014), solo las defensas definicionales del especismo son realmente especistas:

El *especismo* (en sentido radicalmente estrecho) es la discriminación realizada en base a la mera clasificación dentro de una determinada especie.

Estas dos definiciones estrechas no tienen implicaciones en cuanto a si otras formas de defender la consideración desigual de los seres de diferentes especies pueden estar justificadas o no. Quienes apoyan tales definiciones pueden aceptar que esas otras posiciones también son formas de discriminación. Pero, según ellos, no serían especistas.

Para entender bien lo que implican estas definiciones, hay que tener en cuenta que hay varias formas en las que se ha defendido la consideración desigual de los seres de distintas especies (en la mayoría de los casos, aunque no en todos, como veremos más adelante, para favorecer a los humanos frente a otros animales). A veces se hace de forma meramente definicional, es decir, afirmando que la pertenencia a una determinada especie hace que algunos seres sean dignos de respeto de forma que otros seres no lo son, sin que ello implique ninguna otra consideración (Diamond, 1995; Williams, 2006). En otros casos se ha argumentado, en cambio, que solamente quienes pertenecen a una determinada especie poseen algunos atributos supuestamente relevantes desde el punto de vista moral. En ocasiones, la existencia de tales atributos no puede verificarse ni falsarse empíricamente de ninguna manera. Ejemplos de ello son la posesión de un

alma (Harrison, 1989; Reichmann, 2000) o una situación privilegiada en la gran cadena del ser (Aristóteles 1988, libro I). En otros casos, sin embargo, la existencia de los atributos en juego, así como su posesión, son susceptibles de ser verificados o falsados empíricamente. Estos atributos pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Ejemplos de los primeros son las capacidades cognitivas complejas u otras facultades relacionadas, como el dominio de un idioma (Leahy, 1991). Ejemplos de los segundos son las relaciones de afecto o de poder (Becker, 1983; Narveson, 1977). Por último, hay quienes han mezclado algunos de estos diferentes criterios. Una de las formas en que se ha hecho esto es afirmando que está justificado tratar comparativamente peor a quienes no (i) poseen ciertas capacidades cognitivas o (ii) tienen alguna relación especial con quienes sí las poseen que puede identificarse o reducirse a la pertenencia conespecífica (Cohen, 1986; Kagan, 2016).

Según una definición amplia como la presentada en el apartado anterior, cualquiera de estas opiniones puede ser un caso de especismo, siempre que no esté justificado. Según las definiciones moderadamente estrechas, todas serán especistas, excepto algunas de las que apelan a atributos intrínsecos no definibles y verificables. Según las definiciones radicalmente estrechas, solo las posiciones definicionales serán especistas.

Uno de los puntos a favor de las definiciones radicalmente estrechas es que nos permiten señalar muy claramente los criterios en los que se basa la discriminación. Otro mérito importante es que utilizan el lexema "especie" en "especismo" para nombrar no solo la línea que traza la discriminación, sino también el criterio según el cual se traza. De este modo, aportan más información que las definiciones amplias. Estas ventajas, sin embargo, no las comparten las definiciones moderadamente estrechas, ya que agrupan las discriminaciones basadas en la mera pertenencia a la especie y en criterios diferentes a las capacidades individuales (como, por ejemplo, el tipo de relación que mantienen con los demás, incluidos los agentes morales que pueden afectarles).

A la inversa, hay un argumento a favor de las caracterizaciones del especismo de tipo amplio que cuestiona la validez de las defensas no definicionales de las discriminaciones de quienes no pertenecen a ciertas especies. Conforme a este argumento, tales defensas se parecen mucho a racionalizaciones construidas para apoyar puntos de vista especistas que son mantenidos, en última instancia, por razones definicionales. Es decir, todas esas defensas, a pesar de ser muy diferentes, acaban llegando a la misma conclusión, que coincide con lo que afirman las opiniones definicionales. Ello resulta muy llamativo. Los puntos de vista que ejemplifican esto de forma más radical son probablemente los que combinan diferentes criterios para tratar de encontrar una forma de defender la relevancia moral de ciertos rasgos (como las capacidades cognitivas complejas) y al mismo tiempo no excluir a ciertos seres humanos que no los tienen (como los bebés humanos o los que tienen diversidad funcional intelectual)⁷.

Además, hay otro argumento que apoya las definiciones amplias que puede ser más importante en la práctica. Este argumento señala que la forma de entender el especismo debería coincidir con la forma de entender las discriminaciones contra seres humanos, y que estas últimas suelen entenderse de forma amplia (Horta, 2010). Hoy en día, la mayoría de las personas aceptan que es

⁷ Estas posiciones son respuestas al argumento de la superposición de especies (Horta, 2014), que apunta al hecho de que criterios como la posesión de capacidades complejas, relaciones de afecto, y otros, no son satisfechos por todos los humanos. Cuanto más complejas son estas respuestas, más se pueden considerar ad hoc.

sexista favorecer a los hombres en detrimento de las mujeres afirmando de que los primeros tienen mayores capacidades cognitivas que las segundas. Esto es así aunque al hacer esto no se apele a ninguna otra preferencia bruta a favor de los hombres. Se considera normalmente que todos esos tipos de defensas del trato diferenciado de los varones y las mujeres son sexistas (son vistas como defensas fallidas del sexismo). Se entiende que tales argumentos no proporcionan una base sólida para el trato diferenciado de varones y mujeres. Aunque apelen a criterios empíricos, se consideran meras racionalizaciones injustificadas. Sucede, pues, en tal caso, lo mismo que cuando se apela meramente al sexo como un motivo para un trato diferenciado. Algo similar ocurre con el racismo. En consecuencia, para no desdeñar el especismo como una forma de discriminación menos relevante que las que afectan a los humanos, deberíamos mantener la misma posición en el caso del especismo. Por ello, aceptar una definición amplia del sexismo y el racismo y una estrecha (moderada o radical) del especismo podría calificarse como especista en sí mismo. Supondría tomar más en serio unas discriminaciones (las que afectan a los humanos) que otras, no menos significativas, (las que afectan a otros animales). Podríamos denominar esto como una metadiscriminación que favorecería a unos individuos sobre otros al dar más importancia a las discriminaciones que les afectan a ellos que a las que afectan a otros de forma no menos significativa⁸. Se podría argumentar que también podríamos evitar esta metadiscriminación aceptando una definición estrecha de las discriminaciones intrahumanas como el racismo o el sexismo. Sin embargo, estos términos se entienden de forma tan generalizada en un sentido amplio que esta opción no parece factible en la práctica. Además, parece totalmente razonable defender las definiciones amplias de racismo y sexismo basándose en que su función deseable es agrupar formas de trato desventajoso injustificado en función de los individuos afectados. Es necesario disponer de conceptos de sexismo y racismo que no se restrinjan a tipos específicos de argumentos en defensa de la discriminación de quienes no pertenecen a una cierta especie. Hecho esto, podremos pasar posteriormente a diferenciar dichos tipos de argumentos.

Teniendo en cuenta todo esto, la concepción del especismo que se propone aquí es decididamente amplia. Omite toda referencia a la pertenencia a una especie como fundamento de la discriminación en cuestión. No obstante, sigue siendo compatible con la opinión de que una explicación de cualquiera de los distintos tipos de fenómenos en los que podría manifestarse el especismo tendría que incluir en algún nivel la afirmación de que el hecho de que los individuos discriminados pertenezcan a una determinada especie –o no pertenezcan a otro (grupo de) especies– es causalmente relevante para que sean discriminados. Pero esto no debe confundirse con la afirmación de que el especismo requiere una apelación a la relevancia moral de la pertenencia a una especie (como implican las definiciones radicalmente estrechas).

V. CONCEPCIONES EVALUATIVAS Y DESCRIPTIVAS DEL ESPECISMO

Otra característica de la definición presentada anteriormente es que asume una concepción evaluativa del especismo, al afirmar que una opinión debe ser injustificada para ser especista (Horta, 2010; O'Neill, 1997). Las concepciones descriptivas del especismo rechazan esta afirmación, aunque por lo demás pueden aceptar la definición presentada anteriormente (Jaquet, 2019). No es que las concepciones descriptivas consideren justificadas las opiniones especistas.

⁸ Esta idea se basa en el análisis de la discriminación presentado en Lippert-Rasmussen (2014, p. 44), aunque este utiliza una terminología diferente.

Únicamente afirman que el término “especismo” puede usarse legítimamente para nombrar opiniones justificadas o injustificadas. Así que, según estos puntos de vista, podemos definir este concepto del mismo modo en el que lo hemos hecho aquí, simplemente eliminando la palabra “injustificado”:

El especismo(descriptivo) es la consideración o el trato comparativamente peor de aquellos individuos a quienes o bien no se clasifica como pertenecientes a una determinada especie (o grupo de especies) cuyos miembros, en cambio, son favorecidos, o bien se clasifica como pertenecientes a una determinada especie (o grupo de especies) cuyos miembros son desfavorecidos

Tanto las concepciones evaluativas como las descriptivas coinciden en que la cuestión fundamental del debate sobre el especismo es si se puede justificar el trato o la consideración desigual de los individuos de diferentes especies. Pero lo formulan de forma diferente. Según las concepciones descriptivas, la misma cuestión puede expresarse también preguntando si el especismo está justificado o no. Según las concepciones evaluativas, esto puede expresarse preguntando si una opinión que considera de forma desigual a los miembros de diferentes especies es especista o no. Por ello, quienes defienden las concepciones descriptivas pueden afirmar que la suya es una terminología más útil porque nos permite utilizar el término “especismo” de formas que las concepciones evaluativas consideran inadecuadas. Además, muchas personas que han usado el término “especismo” en el debate filosófico lo han entendido de forma descriptiva, por lo que se podría sugerir que la carga de la prueba debería estar del lado de las concepciones evaluativas. La noción descriptiva del especismo se utiliza siempre que el especismo se interpreta como objeto de una defensa o como blanco de una crítica general. Así, las perspectivas defendidas en artículos como los titulados “En nombre del especismo moderado” (“On behalf of moderate speciesism”, Holland, 1984) o “Contra el especismo fuerte” (“Against strong speciesism”, Graft, 1997) son igualmente incompatibles con la idea de que el especismo es necesariamente injustificado que las transmitidas por títulos como “En defensa del especismo” (“In defense of speciesism”, Wreen, 1984) o “El especismo como condición previa para la justicia” (“Speciesism as a precondition to justice”, Barilan, 2004). En los dos primeros casos, esto no solo se debe a la insinuación de que algunas formas de especismo son correctas. También es debido a que al identificarse que hay una forma de especismo en concreto que puede ser el objetivo de una crítica válida, se asume que el propio concepto de especismo no implica necesariamente una falta de justificación (de lo contrario ya no habría que hacer ninguna crítica argumentada de una forma de especismo en concreto).

Por su parte, las concepciones evaluativas pueden defenderse alegando que de manera general se distingue entre el trato diferenciado justificado y el injustificado. Este último es el que se considera típicamente discriminatorio. Esta distinción entre los tratos diferenciados discriminatorio y no discriminatorio, es ampliamente aceptada como válida, y resulta perfectamente aplicable al trato de los animales. De tal modo, el uso del término “especismo” será más provechoso cuando se utilice para señalar el tipo de trato diferenciado injustificado. Supongamos, por ejemplo, que en un incendio forestal nos centramos en rescatar a los animales terrestres en lugar de a los pájaros, porque estos últimos pueden escapar mucho más fácilmente. Supongamos también que, como resultado de esto, mueren algunos pájaros que de otro modo habríamos salvado, pero que el número total de animales que salvamos es mucho mayor. En una circunstancia así, este tipo de trato diferenciado a animales de distintas especies estaría claramente justificado. Por el contrario, rescatar tejones en lugar de jabalíes solo porque nos gustan más los primeros sería un trato comparativamente peor de los segundos que carece de justificación. Si nos basamos en una explicación evaluativa del especismo, podemos distinguir los dos escenarios presentados arriba

indicando que el trato diferencial que ejemplifican está justificado en el primer caso y es especista en el segundo. Además, en el caso de términos como "racismo" o "sexismo", ya se asume comúnmente que esa es su función principal, es decir, que tienen un significado evaluativo. Consideremos el ejemplo de las iniciativas para la prevención del cáncer de piel, distintas en el caso de las personas con diferentes tonos de piel. Una concepción meramente descriptiva del racismo implicaría que este sería un caso de racismo. E implicaría también que, cuando aceptamos que una determinada acción es sexista o racista, seguiría siendo una cuestión abierta si sería moralmente objetable. Estas implicaciones de las concepciones descriptivas serían rechazadas por muchas personas. De hecho, entre quienes sostienen una concepción descriptiva del especismo también se parece aceptar una comprensión evaluativa del racismo (véase, por ejemplo, Singer, 1978, 2016). Esto sugiere que el racismo y el sexismo se toman más en serio que el especismo, lo cual es problemático por las razones ya explicadas en la discusión de las definiciones amplias y estrechas.

VI. CONCLUSIÓN: TOMARSE EN SERIO EL ESPECISMO IMPLICA DEFINIRLO RIGUROSAMENTE

Al principio de este artículo señalamos que el debate sobre el especismo tiene importantes consecuencias, especialmente para todos aquellos animales no humanos que pueden verse significativamente perjudicados o beneficiados en función de las acciones u omisiones de los seres humanos con respecto a sus intereses. Para llevar a cabo estos debates de forma adecuada, es importante aclarar los conceptos clave que se deben utilizar en él. Este artículo ha pretendido hacerlo. Pero también ha tratado de mostrar que tales debates comienzan en realidad incluso antes de que examinemos los diferentes argumentos a favor y en contra de las opiniones especistas. Tienen lugar ya en el momento de definir los conceptos clave implicados. En particular, hemos visto que hay consideraciones cruciales a favor de definir el especismo de ciertas maneras que dependen de las formas en que se puede considerar el especismo en comparación con otras discriminaciones. Hay una tendencia a considerar el especismo como menos relevante que las discriminaciones que afectan a los seres humanos. Esto parece estar implícito en el hecho de que el primero se define a menudo de forma estrecha y descriptiva, mientras que las segundas se definen en términos amplios y evaluativos. Hemos visto que es probable que esto también sea un caso de especismo. Paradójicamente, mientras que se ha trabajado mucho en la argumentación de los puntos de vista especistas, se ha hecho comparativamente poco hasta la fecha para aclarar el concepto de especismo. Esto, de nuevo, muestra un notable contraste entre el caso del especismo y el de otras discriminaciones e injusticias que afectan a los seres humanos.

Esto no es solo un problema meramente teórico: en realidad afecta a los debates normativos sustantivos sobre el especismo, al llevar a las personas que participan en ellos o los leen a pensar que la discriminación de los animales no humanos es menos importante de lo que realmente es. Por ello, y dadas las consecuencias críticas que estos debates pueden tener para los animales no humanos hoy en día, tener una definición adecuada y no especista del especismo es un asunto muy serio que quienes trabajan en ética animal no deberían seguir dejando de lado.

BIBLIOGRAFÍA

- Ética Animal. (2014). Especismo. Acceso el 27 de diciembre de 2022. <https://www.animal-ethics.org/especismo>
- Aristóteles. (1988). *Política*. Madrid: Gredos.
- Barilan, Y. M. (2004). Speciesism as a precondition to justice. *Politics and the Life Sciences*, 23, 22-33.
- Becker, L. (1983). The priority of human interests. En H. Miller & W. Williams (Eds.), *Ethics and animals* (pp. 225-242). Clifton, NJ: Humana Press.
- Bekoff, M. (1998). Deep ethology, animal rights, and the great ape/animal project: Resisting speciesism and expanding the community of equals. *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, 10, 269-296.
- Caviola, L., Everett, J. A., & Faber, N. S. (2018). The moral standing of animals: Towards a psychology of speciesism. *Journal of Personality and Social Psychology*, 116, 1011-1029.
- Cohen, C. (1986). The case for the use of animals in biomedical research. *New England Journal of Medicine*, 315, 865-870.
- Diamond, C. (1995). *The realistic spirit: Wittgenstein, philosophy and the mind*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Dunayer, J. (2004). *Speciesism*. Derwood, MD: Ryce.
- Frey, R. G. (1988). Moral standing, the value of lives, and speciesism. *Between the Species*, 4, 191-201.
- Fricker, M. (2007). *Epistemic injustice: Power and the ethics of knowing*. Oxford, England: Oxford University Press.
- Graft, D. (1997). Against strong speciesism. *Journal of Applied Philosophy*, 14, 107-118.
- Harrison, P. (1989). Theodicy and animal pain. *Philosophy*, 64, 79-92.
- Holland, A. (1984). On behalf of moderate speciesism. *Journal of Applied Philosophy*, 20, 281-291.
- Horta, O. (2010). What is speciesism? *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, 23, 243-266.
- Horta, O. (2014). The scope of the argument from species overlap. *Journal of Applied Philosophy*, 31, 142-154.

Humphreys, R. (2010). *Critical examination of the moral status of animals, with particular reference to the practices of factory farming and animal experimentation* [tesis doctoral]. Cardiff University.

Jaquet, F. (2019). Is speciesism wrong by definition? *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, 32, 447-458.

Kagan, S. (2016). What's wrong with speciesism? *Journal of Applied Philosophy*, 33, 1-21.

Kaufman, F. (1998). Speciesism and the argument from misfortune. *Journal of Applied Philosophy*, 15(2), 155-163.

Kemmerer, L. (2014). Defending the defenceless: Speciesism, animal liberation, and consistency in applied ethics. *Les ateliers de l'éthique/The Ethics Forum*, 9, 238-253.

Kymlicka, W. (2018). Human rights without human supremacism. *Canadian Journal of Philosophy*, 48, 763-792.

LaFollete, H., & Shanks, N. (1996). The origin of speciesism. *Philosophy*, 71, 41-61.

Leahy, M. P. T. (1991). *Against liberation: Putting animals in perspective*. London, England: Routledge.

Lippert-Rasmussen, K. (2014). *Born free and equal? A philosophical inquiry into the nature of discrimination*. Oxford, England: Oxford University Press.

Mason, J. (2009). Misothery. In M. Bekoff (Ed.), *Encyclopedia of animal rights and animal welfare* (2nd ed., p. 383). Santa Barbara, CA: Greenwood.

Narveson, J. (1977). Animal rights. *Canadian Journal of Philosophy*, 7, 161-178.

O'Neill, O. (1997). Environmental values, anthropocentrism and speciesism. *Environmental Values*, 6, 127-142.

Pluhar, E. B. (1995). *Beyond prejudice: The moral significance of human and nonhuman animals*. Durham, NC: Duke University Press.

Rachels, J. (1990). *Created from animals: The moral implications of Darwinism*. Oxford, England: Oxford University Press.

Reichmann, J. (2000). *Evolution, animal "rights" and the environment*. Washington, DC: The Catholic University of America Press.

Routley, R., & Routley, V. (1979). Against the inevitability of human chauvinism. En K. E. Goodpaster & K. M. Sayre (Eds.), *Ethics and the problems of the 21st century* (pp. 36-59). South Bend, IN: Notre Dame University Press.

Ryder, R. D. (2010 [1970]). Speciesism: The original leaflet. *Critical Society*, 2, 1-2.

Singer, P. (1975). *Animal liberation: A new ethics for our treatment of animals*. New York, NY: New York Review/Random House.

Singer, P. (1978). Is racial discrimination arbitrary? *Philosophia*, 8, 185-203.

Singer, P. (2016). Why speciesism is wrong: A response to Kagan. *Journal of Applied Philosophy*, 33, 31-35.

Waldau, P. (2002). *The specter of speciesism: Buddhist and Christian views of animals*. New York, NY: Oxford University Press. Wasserman, D. (1998). Discrimination, concept of. En R. Chadwick (Ed.), *Encyclopedia of ethics* (pp. 805-814). San Diego, CA: Academic Press.

Williams, B. (2006). The human prejudice. En *Philosophy as a humanistic discipline* (pp. 135-152). Princeton, NJ: Princeton University Press.

Wreen, M. (1984). In defense of speciesism. *Ethics and Animals*, 5, 47-60.

Wyckoff, J. (2015). Analysing animality: A critical approach. *The Philosophical Quarterly*, 65, 529-546.

—
ARTÍCULOS
—

EL INJUSTO DEL MALTRATO ANIMAL^{1*}

THE WRONGNESS OF ANIMAL ABUSE

JUAN PABLO MAÑALICH²

RESUMEN: En atención a la evolución más reciente de la legislación penal española, se examina el fundamento de la criminalización del maltrato de animal. Tras clarificar la conexión existente entre la identificación del bien jurídico así protegido y la viabilidad de reconocer a los animales no humanos como portadores de intereses, se presenta un contraste pormenorizado de dos modelos puros de criminalización: el modelo del reforzamiento de la moral social, por un lado, y el modelo bienestarista, por otro. El artículo se cierra con una indagación en la pregunta acerca de si la hegemonía que el segundo modelo parece actualmente ostentar en el nivel del derecho comparado admite ser irrestrictamente valorada como un avance de la agenda de la protección de condiciones de bienestar para los animales no humanos.

PALABRAS CLAVES: criminalización del maltrato de animal, legislación anticruelista, bienestar animal

ABSTRACT: In view of the most recent developments in Spanish penal legislation, the basis for the criminalization of animal abuse is examined. After clarifying the connection between the identification of the thus protected “legal good” and the feasibility of recognizing nonhuman animals as interest-bearers, a detailed contrast of two pure models of criminalization is presented: the model of the reinforcement of social morality, on the one hand, and the welfare model, on the other. The article closes with an inquiry into whether the hegemony that the second model seems to currently exhibit at the level of comparative law admits to be unreservedly valued as an advance of the agenda of the protection of welfare conditions for nonhuman animals.

KEYWORDS: criminalization of animal abuse, anti-cruelty legislation, animal welfare

I. LOS MODELOS ANTICRUDELISTA Y BIENESTARISTA DE CRIMINALIZACIÓN DEL MALTRATO DE ANIMAL: ¿*TERTIUM DATUR?*

En su estudio dedicado a la penalización del “maltrato de animales domésticos o amansados” bajo el artículo 337 del Código Penal español (en adelante: “CPe”), según la versión de la disposición

^{1*} Este trabajo ha sido preparado como homenaje al querido colega Julio Díaz-Maroto.

² Profesor titular, Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Chile.

resultante de la reforma introducida mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio,³ Díaz-Maroto examinaba el problema del injusto del delito así tipificado, en consideración a cuál pudiera ser el bien jurídico cuyo menoscabo quedaría asociado a la realización del tipo (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, pp. 495 ss.). Su muy clara toma de posición acerca del asunto resulta sintetizada en la afirmación de que lo protegido aquí no podría ser “el derecho a [la] integridad física o la vida [del animal en cuestión], que difícilmente puede ser merecedor de ser calificado como un bien jurídico penal”, pero tampoco el “sentimiento de compasión que tiene la sociedad respecto de los animales”, el cual no admitiría “ser catalogado realmente como un bien jurídico penal” (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, p. 496). De ahí que Díaz-Maroto se inclinara por sostener que el bien jurídico se correspondería con las “obligaciones bioéticas” que los seres humanos tendríamos para con los animales (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, p. 496).

El texto del artículo 337 del CPe se ha visto, en el ínterin, significativamente reformulado como resultado de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.⁴ Y presumiblemente como consecuencia de múltiples dificultades y aprehensiones suscitadas por la regulación legal hoy vigente, ha sido anunciada la presentación de un Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del CPe en materia de “maltrato animal”, según consta en la Referencia del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2022.⁵ A pesar de ello, una aproximación como la favorecida por Díaz-Maroto sigue ameritando una consideración detenida, ante todo en cuanto a los compromisos axiológicos que a ella subyacen. Pues estos compromisos dan forma a un enfoque distintivamente escéptico en lo tocante a la admisibilidad valorativa —y, con ello, a la racionalidad político-criminal— de la criminalización del maltrato de animal. En lo fundamental, ello se expresa en un rechazo de los dos modelos que, tras la superación del paradigma dominical o “propietarista”, han tendencialmente marcado la orientación de la “legislación penal animal” de segunda y tercera generación.⁶ Se trata de lo que podríamos etiquetar, respectivamente, como un modelo “anticrudelista” y otro “bienestarista”.⁷

Díaz-Maroto rechazaba la identificación del bien jurídico protegido por la prohibición del maltrato de animal con un bien jurídico colectivo (o “difuso”), consistente en el sentimiento humano de compasión capaz de verse afectado por la constatación del sufrimiento padecido por uno o más animales. Con ello, él implícitamente descartaba que la regulación legal pudiera ser reconstruida como la implementación de un modelo anticrudelista. A este ha tendido a responder, históricamente, la tipificación del maltrato de animal como un delito cuyo núcleo se encontraría en un despliegue de crueldad, y cuya penalización se orientaría al reforzamiento de ese sentimiento de compasión, expresivo de una valoración arraigada en la moral (social) convencional.⁸ Pero Díaz-Maroto también negaba que el objeto de protección de la prohibición del maltrato de animal admitiera ser identificado con la integridad física o la vida del animal afectado, entendidas como

³ Al respecto, Díaz-Maroto y Villarejo (2011), pp. 495 ss., 497 ss., 500 ss. Para una reseña de la orientación general de la modificación legislativa dispuesta por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, véase Hava García (2011), pp. 270 ss.

⁴ Al respecto, Requejo Conde (2015).

⁵ Cuyo texto puede consultarse aquí: https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220218_correcci%C3%B3n.aspx (visitada el 23 de junio de 2022).

⁶ Al respecto, BLATTNER (2019), pp. 280 ss.

⁷ Para una reseña de los modelos de criminalización del maltrato de animal, en referencia a la evolución del derecho penal angloamericano, véase Chiesa (2008), pp. 1 ss., 24 ss., 30 ss.

⁸ Al respecto, Wiegand (1979), pp. 124 s.; Guzmán Dalbora (2007), pp. 215 ss. Para la distinción entre las nociones de moral convencional (o “positiva”) y moral crítica, véase Hart (1963), pp. 17 ss.

bienes jurídicos individuales cuya titularidad correspondería al animal en cuestión. Esto supone rechazar que la correspondiente decisión de criminalización pueda ser vista como implementando un modelo bienestarista, en correspondencia con el cual la integridad corporal o la vida de un animal tendrían que ser entendidas como aspectos de su bienestar individual, que a su vez sería aquello en lo que consiste el objeto de protección.⁹

Quisiera dedicar esta contribución a contrastar, con algún detenimiento, estos dos modelos,¹⁰ que Díaz-Maroto tenía por igualmente implausibles como eventuales bases para la decisión de criminalización plasmada en el artículo 337 del CPe. Puesto que “anticrudelismo” y “bienestarismo” designan aquí modelos puros —y con ello: abstractos—, su ejemplificación por la legislación penal de un determinado Estado, vigente en un determinado punto de tiempo, necesariamente será una cuestión de grado. Con todo, su consideración puede contribuir a esclarecer los posibles fundamentos de criminalización del delito en cuestión. Y esto quizá pueda arrojar algo de luz en la evaluación de la trayectoria que el derecho penal español ha recorrido, y seguirá recorriendo, en este preciso ámbito.

II.- EL ESCEPTICISMO ACERCA DE LA RATIO PARA LA CRIMINALIZACIÓN

1. ¿El maltrato de animal como delito medioambiental?

Para advertir dónde radica el escepticismo del enfoque asumido por Díaz-Maroto, cabe partir prestando atención a la determinación del bien jurídico protegido por él sugerida. Según ya se observara, su tesis consiste en identificar lo protegido por la regulación legal con las obligaciones bioéticas concernientes al trato que habrían de recibir los animales “como un elemento más de la naturaleza” (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, pp. 495 s.). El problema es que no resulta plausible en lo absoluto convertir las obligaciones cuya infracción pudiera estar asociada a la perpetración de un delito de maltrato de animal en el correspondiente bien jurídico. Parece mucho más “natural” identificar ese bien jurídico, más bien, con aquello a cuya protección se orientan las normas que imponen las obligaciones en cuestión.

Si nos preguntamos, entonces, por el foco de protección al que, según Díaz-Maroto, respondería la imposición de las obligaciones bioéticas aquí relevantes, la respuesta parecería favorecer una reconducción del injusto del maltrato de animal hacia el menoscabo de la biodiversidad. Esto, porque su sugerencia es que las obligaciones bioéticas referidas al trato que tendrían que recibir los animales harían aparecer a estos “como un elemento más de la naturaleza” (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, p. 496). De manera enteramente convincente, sin embargo, Díaz-Maroto negaba que el maltrato de animal admitiera ser entendido como un delito medioambiental, denunciando el yerro técnico implicado en que su penalización quedara situada en el Capítulo IV del Título XVI del Libro II.¹¹ Esto sería incompatible con el reconocimiento doctrinal, prácticamente unánime, de que “los animales domésticos no forman parte del medio ambiente” (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, p. 496).

⁹ Véase Guzmán Dalbora (2007), pp. 219 ss.; Hava García (2011), pp. 288 ss.

¹⁰ Una presentación más detallada de ese mismo contraste puede encontrarse en Mañalich (2023).

¹¹ Según HAVA GARCÍA (2011), p. 279, ello sólo podría ser calificado como “un dislate”.

La posición que el artículo 337 ocupa al interior del texto del CPe, dentro de un capítulo que versa sobre los “delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos”, no puede zanjar cuál sea la reconstrucción dogmática mejor aspectada de la correspondiente decisión de criminalización.¹² Pues el etiquetamiento legislativo de tal o cual especie de hecho punible, resultante de la ubicación de la o las disposiciones que la penalizan en un determinado lugar del respectivo texto legal, no logra prejuzgar cómo tendría que ser determinado su específico contenido de injusto. A modo de ejemplo: que el hurto, penalizado en los artículos 234 y siguientes del CPe, quede así comprendido entre los “delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, no obsta a su categorización dogmática como un delito contra la propiedad. Y esto último vale con independencia de cuál sea la relación sistemática en la que se encuentren los delitos contra la propiedad y los delitos contra el patrimonio, según cómo sean definidos uno y otro bien jurídico.¹³

La objeción decisiva contra el entendimiento del maltrato de animal como un delito cuya criminalización respondería a una preocupación (antropocéntricamente) ecológica apunta a la circunstancia de que, en este preciso contexto, el animal que puede fungir como objeto del comportamiento típicamente relevante aparece concebido como un ser individual, y no en cambio como un ejemplar de tal o cual especie, y tampoco como un componente de algún ecosistema. Bajo el texto actual de los artículos 337 y 337 bis del CPe, esta especificación del objeto del delito como un animal individual se ve gramaticalmente reflejada en el uso del singular para aludir a aquel.¹⁴ La excepción a esto último la provee el tenor del apartado 4 del primero de esos dos artículos, lo cual se explica, empero, por la circunstancia de que la forma de comportamiento allí penalizada se corresponda con la reformulación de la falta que hasta la modificación de 2015 se encontraba tipificada en el artículo 632.2.

2. Bienes jurídicos, derechos subjetivos e intereses

Pero lo anterior no basta para identificar el objeto de protección de la prohibición del maltrato de animal. Y a este respecto, la aproximación de Díaz-Maroto sólo puede ser calificada como escéptica. A su juicio, y coincidiendo con Martínez-Buján, el artículo 337 —según la versión resultante de la modificación de 2010— no sería sino “un nuevo ejemplo de legislación simbólica, que debería haber permanecido confinado en la órbita de las faltas o, mejor aún, en la de las infracciones administrativas” (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, p. 496). Esto, por cuanto “[e]l derecho penal [...] no parece ser el sector del ordenamiento jurídico más idóneo para resolver cuestiones relacionadas con el maltrato de los animales, por muy queridos que sean” (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, p. 496). Contra lo sugerido por Díaz-Maroto, esto último no es algo que logre ser iluminadoramente planteado a través de la simple puesta en entredicho de que “exista un bien jurídico de esta específica naturaleza susceptible de ser protegido” (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, p. 496), como si el problema de legitimación del que aquí se trata pudiera recibir una solución ontológica.

En contraste con lo que sugiere el tenor de muchas de las controversias de las que suele ocuparse la llamada “teoría del bien jurídico”, aquí asumiré que, para resultar dogmáticamente aprovechable

¹² Al respecto, y rechazando la posible categorización del maltrato de animal como un delito medioambiental, véase Hava García (2011), pp. 277 ss.

¹³ Sobre ello, en inmediata referencia a las particularidades de la tipificación de la apropiación y distracción indebidas en el artículo 470.1 del Código Penal chileno (“CPch”), Mañalich (2020a), pp. 319 ss.

¹⁴ Para una defensa de la relevancia interpretativa de ese mismo aspecto gramatical, a propósito de la tipificación del maltrato de animal bajo el CPch, MAÑALICH (2020a), pp. 499 ss.

como herramienta de reconstrucción de las decisiones de criminalización expresadas a través de algún conjunto de normas de sanción penal, el concepto de bien jurídico necesita ser definido como “inmanente” —y no como “trascendente”— a la correspondiente regulación legal.¹⁵ La inmanencia así predicada del concepto de bien jurídico expresa la renuncia a la pretensión de conferirle una función no puramente reconstructiva, sino al mismo tiempo crítica o “político-criminal”. En los términos de una distinción propuesta por Lascuráin, ello hace imprescindible diferenciar la pregunta (dogmática) acerca de “lo protegido” frente a la pregunta (político-criminal) acerca de “lo protegible”, pudiendo reservarse el concepto de bien jurídico para la articulación de la respuesta a la primera (Lascuráin, 2007, pp. 119 ss., 122 ss. y 144 ss.).

Con ello, la pregunta inicial no puede ser si “existe” tal cosa como un bien jurídico susceptible de ser protegido por la prohibición del maltrato de animal qua norma punitivamente reforzada.¹⁶ Antes bien, la pregunta tiene que apuntar a si la criminalización del maltrato de animal puede entenderse apoyada en algún repertorio de razones provistas por uno o más principios de criminalización que, siendo compatibles con el marco constitucional del Estado respectivo, admitan ser tratados como los criterios últimos con base en los cuales habría que evaluar la aceptabilidad axiológica de tal o cual muestra de legislación penal.¹⁷ Y será recién en el esfuerzo por reconstruir dogmáticamente la decisión de criminalización en cuestión, en congruencia con los parámetros de legitimación así obtenidos, que tendrá sentido tematizar el bien jurídico que pueda entenderse protegido por la o las normas de cuyo reforzamiento punitivo se trate.

Desde este punto de vista, hay un aspecto del escepticismo de Díaz-Maroto que tiene relevancia inmediata para el problema de la legitimación de la criminalización del maltrato de animal, y que emerge con la observación con la que arranca su argumentación: “[p]uede decirse que no existen derechos de los animales” (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, p. 495). Esta es la premisa esgrimida por Díaz-Maroto para negar que la integridad física o la vida del animal maltratado pudieran ser los bienes jurídicos en cuyo menoscabo radicaría el injusto del delito. Pero esa premisa admite ser entendida, a lo menos, en dos sentidos diferentes.

Que los animales no pertenecientes a la especie del *homo sapiens* sean titulares de derechos subjetivos es —como toda proposición de *lege lata*— una proposición contingente, cuyo valor de verdad depende de las definiciones que a ese respecto adopte el respectivo sistema jurídico. Y a menos que estuviéramos inclinados a asimilar —à la Feuerbach— lo que puede ser protegido por una norma punitivamente reforzada a uno o más derechos subjetivos, de la verdad o falsedad (contingente) de esa proposición no tendría por qué depender que lo aquí protegido pueda o no identificarse con uno o más bienes jurídicos cuya titularidad corresponda al respectivo animal en cuanto tal.¹⁸

Pero si la pregunta se reformula en términos de si los animales pueden o no ser considerados aptos para ser reconocidos como titulares de derechos subjetivos —con independencia de que de *lege lata* lo sean o no—, el escenario cambia. Pues, en la medida en que como concepción general de los

¹⁵ Más detalladamente sobre esto, Mañalich (2022), pp. 557 ss.

¹⁶ Sobre la función puramente analítica que habría que atribuir a la noción de bien jurídico, en referencia directa a la criminalización del maltrato de animal, WOHLERS (2016), pp. 416 ss., 426 ss.

¹⁷ Acerca de los principios de criminalización y su clasificación, véase Duff (2018), pp. 234 ss.; también Tadros (2016), pp. 91 ss.

¹⁸ En esta dirección, HAVA GARCÍA (2011), pp. 279 ss.

derechos subjetivos adoptemos la llamada “teoría del interés”, todo habla a favor de asumir que todos aquellos animales —humanos o no humanos— a los cuales puedan ser atribuidos “estados intencionales” consistentes en deseos, creencias, temores, entre otros, tendrían que ser considerados sujetos de intereses susceptibles de ser jurídicamente tutelados en la forma de derechos.¹⁹ Y esto tendría que traer aparejada una respuesta afirmativa a la pregunta (categorialmente distinta) de si los animales que exhiben esa misma capacidad tendrían que ser reconocidos como “portadores” de atributos o propiedades que, en consideración a los intereses individuales que les sirven de sustento, pudieran ameritar ser protegidos, *qua* bienes jurídicos, a través de normas de comportamiento punitivamente reforzadas.²⁰

III. ¿EL MALTRATO DE ANIMAL COMO ATENTADO CONTRA LA MORAL SOCIAL?

1. El reforzamiento de la moral social como *telos*

En su estudio monográfico dedicado a la criminalización del maltrato o “tormento” de animal (*Tierquälerei*), Robert von Hippel planteaba la pregunta de si el injusto del delito debía identificarse con la “lesión de un sentido humano por la moralidad social” o, en cambio, con una “violación de los derechos de los animales” (Von Hippel, 1891, p. 124). Inmediatamente a continuación, empero, él sostenía que el esfuerzo por responder esa pregunta sería “completamente fútil” (Von Hippel, 1891, p. 124). Esto, porque la implementación legislativa de cualquiera de esas dos aproximaciones llevaría exactamente a las mismas consecuencias. Pues el fundamento último de la criminalización del maltrato de animal no podría ser otro que el sentimiento humano de compasión afectado por la constatación del sufrimiento irrogado a seres “cuya capacidad para experimentar dolor presuponemos” (Von Hippel, 1891, p. 125).

Von Hippel afirmaba que, desde una perspectiva comparativista, el maltrato de animal debía ser clasificado como un delito contra la “moral social” (Von Hippel, 1891, pp. 106 ss.), cuyo injusto supervendría a la “lesión de un sentimiento de compasión” (Von Hippel, 1891, p. 125). Él describía los textos legales entonces vigentes como orientados al reforzamiento de la moral social, lo cual puede ser considerado definitorio de la adopción de un modelo anticrudelista de criminalización (Guzmán Dalbora, 2007, pp. 215 ss.; Chiesa, 2008, pp. 35 s.). De acuerdo con esto, la penalización de comportamientos consistentes en un despliegue de crueldad hacia uno o más animales sería expresiva de una deferencia (antropocéntrica) hacia la preocupación humana por el modo en el cual aquellos deberían ser tratados. El hecho de que un animal cruelmente tratado aparezca, bajo semejante régimen regulativo, como un “cuerpo animado” y no como un mero elemento del “mundo externo inerte” no sería suficiente para sostener que el animal en cuestión se vería protegido “por mor de sí mismo” (Von Hippel, 1891, p. 126). Bajo semejante modelo, el maltrato de animal exhibe el estatus de un delito “sin víctima”.²¹

Es importante no confundir el modelo anticrudelista, así caracterizado, con lo que a veces se tematiza como un modelo “antropocéntrico-estético” de criminalización (Wiegand, 1979, pp. 123 s.; Guzmán Dalbora, 2007, pp. 208 ss.). Este último se entiende decisivamente inspirado por la

¹⁹ Detalladamente al respecto, MAÑALICH (2020b), pp. 156 ss.

²⁰ Véase MAÑALICH (2022), pp. 160 ss., 163 ss.

²¹ Véase WIEGAND (1979), p. 127; GUZMÁN DALBORA (2007), p. 218. También CHIESA (2008), pp. 16 s.

observación de Kant en cuanto a que el despliegue de crueldad sobre uno o más animales “adormece[ría]” en el ser humano “la compasión por su dolor”, debilitando y así desarraigando gradualmente “una inclinación natural muy provechosa para la moralidad en las relaciones con otros seres humanos” (Kant, 1870, p. 290).²² Esto último suele quedar asociado a una hipótesis empírica acerca del efecto que la exhibición de crueldad hacia los animales tendría en la aparición y solidificación de disposiciones favorables a tratar cruelmente a otros seres humanos. Esta hipótesis encontraría apoyo en evidencia que sugeriría la existencia de una “correlación entre la crueldad hacia los animales y la violencia interpersonal”,²³ una interpretación bien conocida de la cual ofrece la llamada “tesis de la progresión”.²⁴ Sin embargo, y aun suponiendo que exista tal correlación,²⁵ ello no justificaría la afirmación de que la prevención (indirecta) de daños futuros para otros seres humanos sería la razón determinante para la criminalización del maltrato de animal. Pues, de asumirse esto último, el maltrato padecido por el o los animales respectivamente afectados quedaría sólo contingentemente conectado con el pretendido fundamento de su relevancia jurídico-penal, lo cual es muy poco plausible.²⁶

2. ¿La crueldad como foco apropiado de criminalización?

El modelo anticrudelista, enfocado en el menoscabo del sentimiento humano de compasión “irritado” por la constatación de la irrogación de sufrimiento a los animales, no se enfrenta a la objeción recién apuntada. Pero esto no basta para tenerlo por axiológicamente satisfactorio. Una primera dificultad radica en la inadecuación de la noción misma de crueldad para perfilar la o las formas de comportamiento de cuya criminalización se trata. El problema se vuelve evidente si prestamos atención al argumento de Regan para rechazar la afirmación de que “nuestros deberes negativos para con los animales est[é]n adecuadamente fundamentados si nos empeñamos en basarlos en la prohibición de la crueldad” (Regan, 1980, p. 533).

Regan observaba que “crueldad” es un término que apunta a estados mentales de dos tipos básicos, lo cual sustentaría una distinción entre una “crueldad sádica” y una “crueldad brutal”: mientras que la primera estaría involucrada en el placer que alguien siente “al hacer sufrir a otro ser”, la segunda “implica la indiferencia, más que el disfrute, del sufrimiento causado a otros” (Regan, 1980, p. 534).²⁷ Esto explica por qué poner el foco en la crueldad sería “manifiestamente inadecuado” para determinar cómo habrían de ser tratados los animales: hablar de “crueldad”, en cualquiera de sus formas, supone hacer referencia a los estados mentales de un individuo, siendo el caso que “lo que uno siente acerca del sufrimiento causado a un animal es lógicamente distinto de si es incorrecto hacer sufrir al animal” (Regan, 1980, p. 535).

Al apelar a la noción de una “lesión de un sentimiento [humano] de compasión” (Von Hippel, 1891, p. 125), la criminalización anticrudelista del maltrato de animal parece aludir a una especie de

²² Para una presentación detallada de la objeción “kantiana” que Christine Korsgaard ha dirigido al tratamiento que Kant da al problema del estatus moral y jurídico de los animales, véase MAÑALICH (2020a), pp. 511 ss., con referencias ulteriores.

²³ Así, CHIESA (2008), p. 32.

²⁴ Véase BEIRNE (2009), pp. 166 ss.

²⁵ Una impugnación de esa evidencia es presentada por MARCEAU (2019), pp. 193 ss.

²⁶ Véase WOHLERS (2016), p. 431.

²⁷ En estos términos, la concepción de la crueldad que Díaz-Maroto rastreaba en la jurisprudencia relativa a la falta del artículo 632.2 parecía reducirla a su variante sádica; véase DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (2011), p. 502.

“daño moral”. Pero si por “daño” se entiende, de acuerdo con la propuesta de Lacey, un “revés para uno o más intereses fundamentales” (Lacey, 1988, pp. 108 ss., 110 s.), entonces una forma de comportamiento “moralmente dañina” no debería ser seleccionable como objeto admisible de criminalización.²⁸ No deja de ser interesante notar que, a pesar de su defensa de la admisibilidad de la criminalización de comportamientos generadores de “conmoción para sensibilidades morales, religiosas o prácticas” bajo lo que él propuso llamar el “principio de la ofensa” (Feinberg, 1985, p. 11), Feinberg descartaba que la penalización de la crueldad desplegada contra animales pudiera quedar basada en una preocupación por la afrenta a las sensibilidades de los animal lovers (Feinberg, 1980, p. 161). Antes bien, sería “mucho más natural” decir que el propósito es proteger a los animales potencialmente afectados frente a determinadas formas de sufrimiento. Pues “justamente las personas cuya sensibilidad se invoca [...] insistirían en que la protección es debida a los animales mismos” (Feinberg, 1980, p. 161).

Por lo tanto, cuando nos preguntamos por qué el atormentar a un animal podría ser legítimamente penalizado, la respuesta no podrá ser, como observa Tadros, que comportarse de tal manera “haría imposible compartir una comunidad de respeto mutuo con otras personas que tienen actitudes sensibles al discernimiento (moral)” (Tadros, 2016, p. 38). Antes bien, la evitación de daños como el infligido al animal respectivamente maltratado debería contar aquí como el objetivo de las normas de cuyo reforzamiento punitivo se trata.²⁹ Esta consideración compromete severamente la plausibilidad axiológica del modelo anticrudelista. Tal como observara Hart en su impugnación del “moralismo jurídico” defendido por Lord Devlin, la promulgación de leyes que penalizan la “crueldad hacia los animales” puede ser indicativa de que “el derecho se preocupa aquí por el sufrimiento, aunque solo sea de los animales, más que por la inmoralidad de torturarlos” (Hart, 1963, p. 34).

IV. ¿EL MALTRATO DE ANIMAL COMO ATENTADO CONTRA EL BIENESTAR ANIMAL?

1. La “sintiencia” como sustrato del bienestar animal

El compromiso que define al modelo de criminalización bienestarista consiste en que los intereses susceptibles de ser atribuidos a animales de muy diferente índole, capaces de sustentar la protección de múltiples aspectos de su propio bienestar, están anclados en su condición de seres “sintientes” (Chiesa, 2008, pp. 38 s.). Una consecuencia de esto debería ser que el respectivo animal criminalmente maltratado cuente como víctima del delito, a pesar de su falta de capacidad de agencia racional. Si esta capacidad no es necesaria para que un ser humano pueda ser víctima de algún delito, entonces —como implicación del “argumento de los casos marginales”— tampoco deberíamos hacer depender la eventual condición de víctima de un animal de su posesión de esa misma capacidad.³⁰ Esto último sigue encontrando resistencia, empero, debido a la suposición de

²⁸ Para un rechazo de la categorización del llamado “daño moral” como una especie de daño en el sentido del “principio del daño”, véase FEINBERG (1990), pp. 65 ss.

²⁹ Para el rechazo de las justificaciones antropocéntricas de la criminalización del maltrato de animal, véase WOHLERS (2016), pp. 430 ss.

³⁰ El argumento de los casos marginales funciona mostrando cómo, a partir del reconocimiento de la existencia de casos —más o menos marginales— en los cuales se reconoce el estatus de sujeto de derecho a individuos de la especie humana que carecen de la capacidad de agencia racional, se hace necesario concluir, de acuerdo con el principio de consistencia que tendría que guiar nuestra consideración de situaciones moralmente equivalentes, que nada distinto tendría que

que solo un ser o entidad que exhiba el estatus jurídico de persona podría ser reconocido como víctima de un delito.³¹ Al menos en el nivel de la literalidad de las disposiciones legales, una excepción relevante se encuentra en el artículo 1 de la Ley argentina sobre Malos Tratos contra Animales,³² que explícitamente penaliza el “infligi[r] malos tratos o [hacer] víctima de actos de crueldad a los animales”.³³

Contra lo que a veces se asume, es infundado suponer que, bajo el modelo bienestarista, la potencial dañosidad del maltrato de animal tendría que ser establecida, exclusivamente, en referencia a un único interés consistente en “no sufrir innecesariamente”.³⁴ Como ha observado Ladwig, aunque “el bienestar de los animales puede [...] determinarse por completo en términos de su sintiencia”, de modo que “todos los animales sintientes pueden ser dañados si son expuestos a un sufrimiento físico o mental”, ocurre que “los animales más complejos son también seres intencionales y activos, con intereses en [gozar de] un entorno vital rico y diverso, así como en la libertad de movimiento y acción”, de lo que se seguiría que “[c]iertas actividades contribuyen constitutivamente a su bienestar” (Ladwig, 2015, p. 284). Por ello, agrega, “también podemos dañar a los animales impidiéndoles realizar actividades que les habrían resultado agradables”, lo cual significa que “la posibilidad de daño mediante una irrogación de sufrimiento se ve complementada por la posibilidad de daño mediante una privación” (Ladwig, 2015, p. 284).

Un ejemplo importante de la posible irrogación de daño a un animal que parece irreductible a la irrogación de sufrimiento físico o mental es el de un comportamiento consistente en (“meramente”) matarlo. Es una tendencia reconocible en las legislaciones bienestaristas más avanzadas la de convertir en punible el dar muerte a un animal bajo la condición de que la ejecución de la acción letal satisfaga alguna cualificación adverbial. Así, por ejemplo, mientras que el artículo 26.b) de la Ley suiza de Protección Animal tipifica como delito la matanza de animales bajo la condición de que el agente actúe “de manera atormentadora” (*auf qualvolle Art*) o “por mero arbitrio” (*aus Mutwillen*),³⁵ bajo el artículo 17 de la correspondiente ley alemana basta con que la producción de la muerte de un vertebrado tenga lugar “sin un motivo razonable” (*ohne vernünftigen Grund*).³⁶

Decisiones de criminalización como estas son indicativas de que, al menos en lo que respecta a animales de cierta índole, su muerte es considerada dañina para ellos, con independencia de que su producción lleve o no aparejada una irrogación de sufrimiento.³⁷ Y un animal cuya muerte puede ser dañina para sí necesita tener un interés en su propia supervivencia, el cual puede ser caracterizado como un “interés supremo de bienestar”.³⁸ Aunque la cuestión de cuál pudiera ser su

valer tratándose de animales de otras especies. Al respecto, DE LORA (2003), pp. 234 ss.; también MAÑALICH, (2020b), pp. 163 ss.

³¹ Véase BLATTNER (2019), pp. 334 s. En detalle sobre el asunto, en referencia al derecho penal estadounidense, MOORE (2005), pp. 93 ss.

³² Ley Nacional 14.346, de 27 de septiembre de 1954.

³³ Al respecto, DESPOUY y SANTORO (2013), pp. 30 ss., 43 ss.

³⁴ Así, CHIESA (2008), p. 38.

³⁵ Al respecto, BOLLIGER, RICHNER, RÜTTIMANN y STOHNER (2019), pp. 160 ss.

³⁶ Véase WOHLERS (2016), p. 422.

³⁷ Véase FEINBERG (1980), p. 201.

³⁸ Al respecto, FEINBERG (1984), pp. 81 s.

sustento último es controvertida,³⁹ tendría que ser claro que semejante interés no puede confundirse con un interés en no sufrir.

2. ¿“Dignidad animal”?

El hecho de que el modelo bienestarista quede asentado en el criterio de la “sintiencia” hace que su compatibilidad con el llamado “enfoque de la dignidad” sea a lo menos discutible.⁴⁰ Como muestra de esta última orientación, considérese el artículo 26.1.a) de la ya aludida Ley suiza de Protección Animal, que declara punibles comportamientos consistentes en “menospreciar la dignidad de los animales” como una especie de maltrato de animal.⁴¹ Más allá del escepticismo genérico que cabe albergar acerca de la pertinencia del concepto de dignidad para fijar el foco de cualesquiera decisiones de criminalización,⁴² la manera en que el ámbito de aplicación de la disposición legal suiza es doctrinal y judicialmente determinado refuerza la sospecha más específica de que asimilar la “dignidad animal” a un bien jurídico merecedor de protección pudiera no ser tan progresista como cabría suponer a primera vista.

En efecto, la sugerencia de que la dignidad atribuida a los animales sería graduable,⁴³ así como la afirmación de que en algunos casos la vulneración de la “dignidad animal” debería considerarse jurídicamente justificada en razón de la preponderancia de uno o varios intereses humanos de diversa naturaleza,⁴⁴ hacen reconocible una banalización de la noción misma de dignidad.⁴⁵ Y el hecho de que, entre otros, comportamientos pretendidamente capaces de “ridiculizar” a un animal queden así penalizados, sin mostrar conexión alguna con la irrogación de un daño, vuelve plausible la observación de que al enfoque de la dignidad subyace una “superstición antropomórfica” (Pietrzykowski, 2021, p. 76). Pues la mayoría de los animales no es capaz de exhibir la especie de autorrespeto necesaria para sustentar la proposición de que ellos pudieran ser dañados, o en cualquier caso agraviados, mediante semejantes actos de ridiculización.⁴⁶

3. El “paradigma del uso” y los límites del bienestarismo

Aun bajo las regulaciones bienestaristas “de vanguardia”, la criminalización del maltrato de animal muestra un compromiso con lo que Blattner denomina el “paradigma del uso”. En sus términos, esto resulta en que las condiciones de bienestar de los animales sean tratadas como merecedoras de protección solo en la medida en que los intereses que exigen esa protección “no choquen con el 99% de los intereses humanos” (Blattner, 2019, p. 339). Esta muy drástica restricción del correspondiente ámbito de protección sería definitoria del “bienestarismo jurídico” (Blattner, 2019,

³⁹ Para una defensa del “enfoque de la privación”, véase LADWIG (2015), pp. 284 s., según quien “al matar a un animal sintiente, normalmente lo privamos de un futuro que podría haber sido, en general, próspero para el individuo en cuestión”. Para una defensa (matizada) de un “enfoque basado en deseos”, véase MAÑALICH (2020b), pp. 165

⁴⁰ Al respecto, y críticamente, PIETRZYKOWSKI (2021), pp. 70 ss.

⁴¹ El artículo 35.1.a) de la Ley de Protección de Animal de Liechtenstein formula una norma de sanción equivalente, en lo que a su supuesto de hecho concierne.

⁴² Véase DUFF (2018), p. 193.

⁴³ Véase PIETRZYKOWSKI (2021), pp. 75 s.

⁴⁴ Así, BOLLIGER, RICHNER, RÜTTIMANN y STOHNER (2019), pp. 142 s.; críticamente al respecto, BLATTNER (2019), pp. 332 ss.

⁴⁵ Como observa PIETRZYKOWSKI (2021), p. 75, tal estrategia de graduación “trastocaría profundamente el concepto de dignidad en comparación con cómo se lo ha concebido y utilizado en el discurso moral y jurídico moderno”.

⁴⁶ Véase LADWIG (2015), p. 285: “Los animales [...] son incapaces de captar su propio estatus moral. Por lo tanto, no se preocupan ni pueden preocuparse por el autorrespeto”.

p. 37), lo cual da pie a que se sostenga que la función latente de una regulación legal así orientada sería posibilitar la “explotación animal institucionalizada” (Francione, 2007, pp. 128 ss.).

Independientemente de su categorización dogmática como causas de justificación o como elementos negativos del respectivo tipo de delito,⁴⁷ la consagración de “excepciones” a las normas de comportamiento cuya contravención puede ser constitutiva de maltrato de animal restringe el alcance de la protección brindada por esas mismas normas, y en cuanto tal debe ser vista como un aspecto interno de su criminalización.⁴⁸ Un ejemplo elocuente de las implicaciones de tal restricción lo provee la controversia acerca de lo que cuenta como un “motivo razonable” para dar muerte a un animal vertebrado bajo el artículo 17.1 de la Ley alemana de Protección Animal.⁴⁹

En su análisis del reciente “giro carcelario” —esto es, punitivista— del derecho penal animal estadounidense, Marceau presta especial atención al establecimiento de las llamadas “exenciones agrícolas”, observando que a partir de 2017, la legislación de cuarenta de los cincuenta estados reconoce una exención de esa clase, lo cual conduciría a que “el sufrimiento de miles de millones de animales al año [se vuelva] invisible para el derecho penal” (Marceau, 2019, p. 98). A su juicio, “el hecho de que un tercio de los estados cuya regulación contiene exenciones para la práctica de la ganadería industrial las haya promulgado con ocasión de la aprobación de una penalización más bien severa del maltrato de animal tendría que llevar a la conclusión de que las organizaciones promotoras de semejantes “compromisos” legislativos habrían celebrado “un pacto con el diablo” (Marceau, 2019, p. 102).

El punto crucial aquí es que la extensión de las exenciones en cuestión resulta ser directamente sensible a la aceptación más o menos generalizada de las prácticas agrícolas así privadas de significación criminal (Marceau, 2019, p. 98). Esta deferencia hacia el anclaje consuetudinario de actividades cuyo desarrollo trae aparejada, anualmente, la administración sistemática de daño para miles de millones de animales sugiere que la axiología subyacente a la criminalización bienestarista del maltrato de animal quizá no sea demasiado divergente de la subyacente a su criminalización anticrudelista. Pues las tempranas leyes penalizadoras de la crueldad contra animales hacían ya depender la significación criminal del maltrato de animal del carácter “innecesario” del sufrimiento irrogado, tomado el adjetivo en lo que Regan llamó su “sentido fáctico”: “cuando uno dice [...] que una determinada cantidad de sufrimiento es necesaria en este [...] sentido, uno comunica meramente que, como cuestión de hecho, el objetivo de la acción o actividad no habría podido ser alcanzado si no se hubiera causado, o permitido causar, esa cantidad de sufrimiento” (Regan, 1980, p. 538).

Lo anterior hace posible poner término a esta contribución observando lo siguiente. El modelo bienestarista hace descansar la criminalización del maltrato de animal en el reconocimiento de que al animal potencialmente afectado son atribuibles intereses que volverían dañino, para ese mismo animal, el maltrato típicamente relevante al que pudiera sometérsele. Pero el modelo bienestarista

⁴⁷ Para la caracterización de la exigencia de que el comportamiento constitutivo de maltrato sea injustificado, en los términos del artículo 337 del CPe, como un presupuesto de la tipicidad, véase DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (2011), p. 503.

⁴⁸ Véase, sin embargo, CHIESA (2008), pp. 55 ss., quien cree que la categorización de esas excepciones como causas de justificación sería suficiente para desvirtuar la objeción aquí considerada contra la criminalización bienestarista del maltrato de animal.

⁴⁹ Véase CRISOVIUS (2017), pp. 668 ss., respecto del problema de si los motivos económicos habrían de ser calificados como “razonables”.

atribuye a la promoción de intereses humanos de la más variada naturaleza e importancia una fuerza suficiente para convertir en permisibles formas de trato que resultan masiva y agudamente dañinas para los animales expuestos a ellas. En la medida en que una decisión de criminalización guiada por lo que Lacey denominó el principio “de los intereses fundamentales” tendría que ser al mismo tiempo sensible a un principio (mediador) “de propósito legítimo mediante igual consideración” (Lacey, 1988, pp. 108 ss., 110), cabe sostener que el modelo bienestarista no satisface los estándares de legitimación sobre los cuales, pretendidamente, reposa.

BIBLIOGRAFÍA

- BEIRNE, P. (2009). *Confronting Animal Abuse*. Nueva York: Rowman & Littlefield
- BLATTNER, C. (2019). *Protecting Animals Within and Across Borders*. Nueva York: Oxford University Press
- BOLLIGER, G., RICHNER, M., RÜTTIMANN, A. y STOHNER, N. (2019). *Schweizer Tierschutzstrafrecht in Theorie und Praxis* (2ª ed.). Zúrich: Schulthess
- CHIESA, L.E. (2008). Why is it a Crime to Stomp on a Goldfish? – Harm, Victimhood and the Structure of Anti-Cruelty Offenses. *Mississippi Law Journal*, 78, 1-67
- CIRSOVIUS, T (2017). Rechtfertigen wirtschaftliche Motive Verstöße gegen das Tierschutzgesetz?. *Natur und Recht*, 39, 665-670
- DE LORA, P. (2003). *Justicia para los animales*. Madrid: Alianza
- DESPOUY, P. y SANTORO, M.C. (2013). *Protección Penal a los Animales*. Córdoba: Lerner
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO J. (2011). El maltrato de animales domésticos o amansados. En J. Díaz-Maroto y Villarejo (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal* (pp. 493-504). Madrid: Civitas y Thomson Reuters
- DUFF, R.A. (2018). *The Realm of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press
- FEINBERG, J. (1984). *Harm to Others*. Nueva York: Oxford University Press
- FEINBERG, J. (1985). *Offense to Others*. Nueva York: Oxford University Press
- FEINBERG, J. (1990). *Harmless Wrongdoing*. Nueva York: Oxford University Press
- FRANCIONE, G. (2007). *Animals, Property, and the Law*. Filadelfia: Temple University Press
- GUZMÁN DALBORA, J.L. (2007). *Estudios y Defensas Penales*. Santiago: LexisNexis
- HART, H.L.A. (1963). *Law, Liberty, and Morality*. Oxford: Oxford University Press
- HAVA GARCÍA, E. (2011). La protección del bienestar animal a través del derecho penal, *Estudios Penales y Criminológicos*, 31, 259-304
- KANT, I. (1870). *Metaphysik der Sitten*. Léipzig: Verlag der deutschen Buchhandlung
- LACEY, N. (1988). *State Punishment*. Londres y Nueva York: Routledge
- LADWIG, B. (2015). Against Wild Animal Sovereignty: An Interest-based Critique of Zoopolis, *The Journal of Political Philosophy*, 23 (3), 282-301

- LASCURAÍN, J.A. (2007). Bien jurídico y objeto protegible, *ADPCP*, 60, 119-163
- MAÑALICH, J.P. (2020a). *Estudios sobre la parte especial del derecho penal chileno*. Santiago: Thomson Reuters
- MAÑALICH, J.P. (2020b). Animalhood, Interests, and Rights, *Journal of Human Rights and the Environment*, 2 (11), 156-172
- MAÑALICH, J.P. (2022). ¿La salud pública como bien jurídico colectivo?. En J. Urquiza (Dir.), *El Código Penal del bicentenario* (pp. 557-582). Lima: Gaceta Jurídica
- MAÑALICH, J.P. (2023). An Animal Turn in Criminal Law. En AA.VV. (eds. Peters, Stilt y Stucki), *Handbook on Global Animal Law*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press, de próxima aparición
- MARCEAU, J. (2019). *Beyond Cages*. Cambridge: Cambridge University Press
- MOORE, A.I. (2005). Defining Animals as Crime Victims, *Journal of Animal Law*, 1 (1), 91-108
- PIETRZYKOWSKI, T. (2021). Against Dignity: An Argument for a Non-Metaphysical Foundation of Animal Law, *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, 2, 69-82
- REGAN, T. (1980). Cruelty, Kindness, and Unnecessary Suffering, *Philosophy*, 55, 532-541
- REQUEJO CONDE, C. (2015). El delito de maltrato a los animales tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, 6 (2), 1-26
- TADROS, V. (2016). *Crimes and Wrongs*. Oxford: Oxford University Press
- VON HIPPEL, R. (1891). *Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes*. Berlín: Otto Liebmann
- WIEGAND, K.D. (1979). *Die Tierquälerei*. Lübeck: Schmidt-Römhild
- WOHLERS, W. (2016). Tierschutz durch Strafrecht? - zur Legitimation tierschutzstrafrechtlicher Normen, *Rechtswissenschaft*, 3, 416-440

Fecha de recepción: 3 de agosto de 2022.

Fecha de aceptación: 7 de noviembre de 2022.

Fecha de publicación: 30 de diciembre de 2022.

UNA DEFENSA DE LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE MALTRATO ANIMAL IMPRUDENTE

A DEFENSE OF THE PUNISHABILITY OF THE NEGLIGENT CRIME OF ANIMAL ABUSE

ANTONIA MARTÍNEZ VARGAS¹

*“Tenía que aprender a ser más precavido, se dijo,
a ser menos confiado, a creer lo peor de la gente
hasta que demostrara sus buenas intenciones”
(Míster Bones, perro protagonista de la novela Tombuctú de Paul Auster)*

RESUMEN: Teniendo a la vista la sentencia de fecha 11 de abril de 2022 dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, en Rit N° 83-2020, el artículo propone la tipificación del delito de maltrato animal a título de imprudencia, el cual, al día de hoy, no es sancionado en el ordenamiento jurídico penal chileno. Tras una breve explicación del sistema de *numerus clausus* que caracteriza la punibilidad de la imprudencia en nuestro país, el trabajo analiza ciertos tipos penales culposos vigentes que indirectamente protegen a los animales no humanos, además de la regulación sobre esta materia en Francia y Suiza, con el objeto de construir una defensa sistemática de la tipificación en términos generales del maltrato animal cometido con imprudencia en Chile.

PALABRAS CLAVES: Maltrato animal, imprudencia, Ley Cholito, derecho comparado, protección penal animal.

ABSTRACT: Based on the judgment of April 11, 2022 of the Criminal Oral Trial Court of Valdivia in Case N° 83-2020, the article proposes the criminalization of the negligent crime of animal abuse, which, to date, is not punishable in the Chilean criminal legal system. After a brief explanation of the *numerus clausus* system that characterizes the punishability of negligence in our country, the paper analyzes certain criminal offenses in force that indirectly protect non-human animals, in addition to the regulations on this matter in France and Switzerland, in order to build a systematic defense of the typification in general terms of animal mistreatment committed with negligence in Chile.

KEYWORDS: Animal abuse, negligent, animal criminal protection, Cholito Law, Comparative law, Criminal law.

¹ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales con distinción máxima (2022), Universidad de Chile. Asociada en Bascuñán Barra Awad Contreras Schürmann, antonia.martinez@derecho.uchile.cl.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 11 de abril de 2022 el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia (“en adelante, el “TOP”) resolvió condenar a una persona a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, multa de diez unidades tributarias mensuales y la suspensión de cargo y oficio público por el tiempo de la condena, dada su participación en calidad de autor en el delito consumado de maltrato animal con resultado de daño, previsto y sancionado en el artículo 291 bis del Código Penal.

El TOP, en razón del mérito de las pruebas rendidas, dio por acreditado que el día 18 de enero de 2020, pasadas las 14:00 horas, el acusado:

“Concurrió hasta el domicilio ubicado en el sector Arcoíris, kilómetro 13, comuna de Paillaco, donde vive su hermana N.M.M.A. y que es contiguo al sitio donde vive aquél. El acusado Manríquez Arcos llegó al lugar reclamando porque el perro de propiedad de su hermana, de nombre Kafu, de cuatro meses de edad, supuestamente había mordido un pollo de los padres del acusado. Luego de ello, el acusado Manríquez Arcos tomó un palo que había en el sitio y con dicho palo golpeó fuertemente al cachorro, retirándose luego del lugar. Producto de la agresión, el perro resultó con fractura de tibia y peroné del miembro posterior derecho”².

En contraposición a lo que finalmente resolvió el tribunal, la argumentación de la defensa se había centrado en una interpretación de la conducta desplegada por el imputado como una de carácter imprudente, en estricto rigor, una conducta “culposa más que dolosa”. Su tesis consistió en que el imputado, con el fin de espantar o ahuyentar al perro de su hermana, le habría arrojado el palo en cuestión con dirección a una de sus extremidades ocasionándole las lesiones, situación que demostraría ausencia del “ánimo” de lesionarlo. En virtud de ello, se solicitó el sobreseimiento total y definitivo por tratarse de una conducta atípica, lo que fue descartado por el tribunal en la sentencia definitiva.

A partir del caso en comento se observa con claridad una problemática sobre la cual nuestro legislador no se ha pronunciado que merece ser analizada con detención, esto es, la posibilidad de sancionar el delito de maltrato animal cometido con imprudencia, toda vez que, de haberse acogido la tesis de la defensa, el acusado habría sido sobreseído definitivamente en virtud de la hipótesis contemplada en la letra a) del artículo 250 del Código Procesal Penal al estar frente a un hecho no constitutivo de delito, circunstancia que da cuenta de un espacio grave de desprotección del bienestar animal en nuestro ordenamiento jurídico penal.

Desde la premisa expuesta, este trabajo pretende evaluar la viabilidad de penalizar conductas constitutivas de maltrato animal que se hayan cometido culposamente, mediante la revisión de la regulación de la imprudencia en el Código Penal, la identificación de ciertos tipos penales culposos vigentes que indirectamente protegen a los animales no humanos, la lectura de ciertas propuestas legislativas que no tuvieron éxito, y el estudio de leyes sobre la materia en el derecho comparado. De este modo, a lo largo del texto se intentará responder a la pregunta por la razonabilidad de

² Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, Rit N° 83-2020.

tipificar el maltrato animal imprudente, ya sea sancionándolo con pena de falta o de simple delito, desde una perspectiva sistemática y comparada.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE MALTRATO ANIMAL EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO

El día 12 de agosto de 2017 se publicó en el Diario Oficial la Ley N°21.020, sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía (en adelante, “Ley Cholito”), la cual modificó, entre otras disposiciones, el artículo 291 bis del Código Penal agregándole dos incisos que contienen formas calificadas del delito de maltrato animal y añadiendo, además, el artículo 291 ter. De este modo, la redacción actual de las normas aludidas versa como sigue:

Art. 291 bis. El que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de dos a treinta unidades tributarias mensuales, o sólo con esta última.

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.

Art. 291 ter. Para los efectos del artículo anterior se entenderá por acto de maltrato o crueldad con animales toda acción u omisión, ocasional o reiterada, que injustificadamente causare daño, dolor o sufrimiento al animal.

Siguiendo al profesor Juan Pablo Mañalich (2018), los cambios introducidos en esta materia por la Ley Cholito, en específico la identificación del objeto de referencia del comportamiento punible con un animal individualmente considerado en el artículo 291 ter –lo que resultaría determinado por el uso de la forma singular–, dan cuenta de que una adecuada reconstrucción del sentido y alcance de la innovación regulativa pasa por advertir que se ha sustituido la tipificación de un delito de maltrato de animales por un delito de maltrato de animal. Entonces, en palabras del autor, la tipificación hoy vigente permite “reconocer tantas instancias de realización del tipo como sean los animales individualmente afectados, en la forma de un concurso ideal, medial o real, según corresponda, como ello sucede, en general, tratándose de cualquier incidencia típicamente relevante en una pluralidad de personas individuales cuando el tipo en cuestión es el tipo de un delito contra un bien jurídico personalísimo” (Mañalich, 2018, p. 324).

Así pues, para la correcta identificación del bien jurídico que protege la prohibición del maltrato animal, es de utilidad detenerse en la directriz del artículo 1 de la Ley N°20.380 del año 2009, cuerpo legal que aumentó las penas establecidas por la redacción original del artículo 291 bis que databa de noviembre de 1989. El primer artículo de la Ley N°20.380 estableció 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. En función de ello, la finalidad de la ley fue evitar el sufrimiento animal en sí, sin hacer referencia al valor o utilidad que eventualmente pueden presentar los animales no humanos para las personas.

Por su parte, la Ley Cholito reconoce dentro de sus objetivos, contenidos en su artículo 1° letra c), la protección de la salud y el bienestar animal mediante la tenencia responsable, sin aludir tampoco a ninguna clase de relación entre animales no humanos y personas.

No obstante lo señalado, analizando el bien jurídico comprometido en esta figura penal, el autor Martín Besio (2019) recurre a una sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Temuco que, con fecha 4 de diciembre de 2018, en Rol N°1.009-2018, revocó la decisión del Juzgado de Garantía que había aprobado un acuerdo reparatorio en el marco de la imputación por un delito de maltrato animal, estimando que el bien jurídico protegido por dicho tipo penal no era uno de carácter patrimonial, sino que a partir de la dictación de las Leyes N°20.380 y N°21.020, el legislador habría recogido el consenso social que reconoce la importancia y función social de los animales en la vida humana en múltiples ámbitos, no sólo de carácter económico, sino también afectivo, “consecuencia de lo cual no es deseable una actitud que importe un sufrimiento injustificado para un animal, de ahí su tipificación. Así, en el marco de reconocimiento de la importancia que juegan los animales en la vida moderna, garantizarles un mínimo de protección, procurando su bienestar en todo ámbito” (Besio, 2019, p. 3). Si bien el razonamiento de la Itma. Corte redundante en la “función social” que cumplirían los animales no humanos, lo cierto es que termina por constatar la existencia de una preocupación del legislador por proteger su bienestar en todo ámbito, circunstancia que, de interpretarse a la luz del tenor de las Leyes N°20.380 y N°21.020, podría considerarse merecedora de cierta independencia respecto del ser humano.

Consecuencialmente, sea que se adopte una postura antropocéntrica o una que reconozca derechos subjetivos a los animales, para nuestro ordenamiento jurídico el bien jurídico comprometido tratándose del delito de maltrato animal no puede ser entendido como uno de carácter patrimonial. En palabras de Binfa (2021), “Mucho menos se trataría de un bien jurídico disponible, por cuanto su titular es la sociedad o el animal afectado, quienes no estarían en condiciones de consentir o perdonar la ofensa en aras de disponer de esta protección penal ni tampoco podríamos decir que son bienes jurídicos de ámbitos privados” (Binfa, 2021, p. 129).

En resumidas cuentas y sin perjuicio de las discusiones que podrían darse a este respecto, la idea cardinal que está detrás de toda tipificación del maltrato de animal puede descifrarse como la protección del bienestar animal en general.³ Es en esta dirección que parte de la doctrina penal moderna ha reconocido una relación directa entre el bien jurídico protegido y el sujeto maltratado, dando cabida a la concepción de que el animal maltratado sería sujeto pasivo de este delito y, a su vez, víctima del mismo (Leiva, 2018, p. 418).

³ Esto no obstante ciertas críticas que pudiesen esgrimirse en contra del “bienestarismo”. Véase Mañalich (2018), pp. 334 y siguientes.

III. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA DE LA REALIZACIÓN DEL DELITO DE MALTRATO ANIMAL

En cuanto al elemento subjetivo del maltrato animal, este delito es exclusivamente doloso, admitiéndose su comisión con dolo eventual.

Según explica Martín Besio (2019), de forma previa a la entrada en vigencia del artículo 291 ter introducido por la Ley Cholito, el profesor Matus sostenía una opinión diferente a lo señalado en el párrafo anterior sobre la base de dos antecedentes: en primer lugar, la historia de la Ley N°18.859, que creó el artículo 291 bis original, ya que ésta daría cuenta de la pretensión del legislador de ese entonces de sancionar el "ánimo especial de crueldad de algunos hombres que se manifiesta provocando sufrimiento a un ser viviente, sea racional o irracional"⁴ y, en segundo lugar, la opinión emitida a este respecto por parte del Consejo de Defensa del Estado en el Informe N°492, la que descartaría tácitamente la posibilidad de dolo eventual al estimar que el delito exigía un “especial ánimo o elemento subjetivo”. Con ello a la vista, el profesor Matus concluía que, a propósito de las peleas de gallos en particular, el elemento subjetivo especial requerido por el tipo de maltrato animal no se verificaría con la sola presentación frente a frente de dos aves de riña (Matus, 2019, p. 18) y, de manera correlativa, no bastaría el dolo eventual para la configuración del delito en comento (Besio, 2019, p. 18)

Al día de hoy, dicha interpretación pierde sentido en cuanto la incorporación del artículo 291 ter, que equipara normativamente los actos de maltrato y los actos de crueldad bajo una definición unitaria al margen de la subjetividad del agente y focalizada en la ausencia objetiva de justificación del comportamiento que ocasiona daño, dolor o sufrimiento animal, “ha descartado la exigencia de un elemento subjetivo especial, bastando para su configuración subjetiva la presencia de dolo, incluso eventual” (Besio, 2019, p. 19), de conformidad a las reglas generales de imputación.

IV. IMPRUDENCIA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN EXTRAORDINARIO

En el ordenamiento jurídico penal chileno, lo que distingue al dolo de la imprudencia es la circunstancia de que el dolo cuenta como un presupuesto de la punibilidad que rige “por defecto”, es decir, si la ley nada dice, la punibilidad de un hecho con significación delictiva depende de que la realización del respectivo tipo de delito sea imputable a título de dolo. Esta explicación se sigue del régimen de *numerus clausus* al cual queda sometida la punibilidad de los cuasidelitos, lo cual se expresa en la eximente del artículo 10 N°13 del Código Penal: con arreglo a esta disposición, un cuasidelito no es punible salvo en los casos expresamente penados por la ley. “Esta técnica regulativa pone de manifiesto que la exigencia de imprudencia ha de ser entendida como una exigencia que opera subsidiariamente frente a la exigencia de dolo, en el sentido de que una imputación a título de imprudencia presupone una falta de imputabilidad (del mismo hecho) a título de dolo” (Mañalich, 2015, p. 14).

En palabras de la profesora Isabel Yáñez (2019), la legitimidad de la imputación a título de imprudencia estaría dada por el hecho de que las normas de comportamiento que son reforzadas por las normas de sanción penal no sólo requieren de sus destinatarios que estos no realicen la

⁴ Historia de la Ley N°18.859 (informe técnico), citado en Tapia (2020), p. 63

conducta prohibida o no omitan la conducta ordenada, sino también que organicen su actividad de tal modo que puedan garantizar su propia capacidad de evitabilidad futura de la infracción de dichas normas (Yañez, 2019, p. 66). Así, en términos de los autores Javier Contesse y Jorge Boldt (2009), “quien pretende seguir la normas debe además –y esto también constituye una necesidad práctica- evitar limitar su capacidad de seguimiento de las mismas. De este modo, la falta de una de las condiciones necesarias para la imputación –por ejemplo, la falta del conocimiento de las circunstancias relevantes en el caso del error- no excluye esta última cuando esa misma falta es atribuible al agente” (Contesse y Boldt, 2009, p. 122).

Lo anterior implica que el reproche que el legislador dirige hacia un comportamiento imprudente puede ser visto como un reproche menor, ya que la despreocupación sobre una evitabilidad futura expresa una infidelidad al derecho menor a la expresada mediante la perpetración de un delito doloso, además de constituir una preocupación que implica un sacrificio mayor. Por ello, la imputación por imprudencia es legalmente excepcional, demostrándose un criterio de clausura del delito imprudente.

En suma, la imputación de un delito imprudente descansa sobre la hipótesis según la cual aquello apto para asegurar la capacidad de dar observancia a la norma es la observancia de una exigencia de cuidado. Bajo esta premisa, el éxito de la imputación a título de dolo y a título de imprudencia se manifiestan de forma diferente: la primera apunta a una infracción de la norma de comportamiento especificada en un concreto deber de acción; y la segunda a una infracción de un deber de cuidado que imposibilitó la formación de la capacidad futura de seguimiento de la norma de comportamiento (Reyes, 2014, p. 103).

Lo señalado previamente conduce a la pregunta por el fundamento de la punibilidad de la imprudencia, vale decir, aquellas razones por las cuales una conducta imprudente admite ser castigada pese al déficit de capacidad de evitación. En esa línea, cabe tener presente que el sistema de *numerus clausus* ya comentado ha sufrido una importante expansión en las últimas décadas. Según expone Fernández Cruz (2002), actualmente nos encontramos en una sociedad de riesgo para determinados bienes jurídicos dignos de protección, lo que ha llevado a que reformas penales recientes introduzcan nuevos tipos imprudentes que pretenden proteger bienes jurídicos como el medio ambiente, la seguridad laboral o ciertas operaciones de carácter económico (Fernández, 2002, p. 102). El mismo autor explica que, a fin de evitar un abuso de este sistema por parte del legislador penal, debiesen concurrir dos requisitos para tipificarse un delito imprudente, estos son: “a) Su referencia a un hecho especialmente grave. Así, tradicionalmente la imprudencia ha sido vinculada a homicidios, lesiones o incendios. En el mismo sentido, no se suele tipificar la comisión imprudente de delitos de peligro abstracto o de delitos que no encierran al menos una peligrosidad concreta. b) Que el sujeto activo tenga un especial deber de cuidado en función de su profesión, oficio, cargo o posición jurídica” (Fernández, 2002, p. 104). No obstante, es posible plantear matices frente a esta propuesta, toda vez que en nuestro ordenamiento se pueden reconocer formas tradicionales de imprudencia que no necesariamente cumplen con ambos requisitos de forma copulativa, sino que encuentran fundamento en solo uno de los dos, como ocurre, por ejemplo, con la punibilidad de un delito de homicidio simple culposo, el que será sancionable incluso sin mediar una calidad especial del sujeto activo, siempre y cuando se cumplan las condiciones generales de imputación a título de imprudencia, estas son: inobservancia de un deber de cuidado; que la inobservancia sea atribuible al autor según sus capacidades individuales y la verificación de que, de haber cumplido con la exigencia de cuidado, el autor se habría

encontrado en condiciones de poder evitar la realización del tipo penal (Contesse y Boldt, 2009, p. 125). Sin perjuicio de ello, la tesis de Fernández Cruz (2002) es útil para sostener que toda imputación a título de imprudencia debe responder al menos a uno de los dos requisitos que él propone, dígame: hechos especialmente graves o que atenten contra bienes jurídicos que merezcan especial protección, o bien, comportamientos exigibles a ciertas personas porque detentan calidades subjetivas que las hacen destinatarias de deberes de cuidado superiores.

Habiendo explicado sintéticamente el régimen de imprudencia que rige en Chile, en los capítulos que siguen se expondrán algunas consideraciones en virtud de las cuales es dable justificar la tipificación del delito de maltrato animal cometido con imprudencia en nuestro ordenamiento jurídico penal.

V. REVISIÓN PARCIAL DE LA TIPIFICACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

En este apartado se sintetizarán ciertas figuras típicas que son sancionadas a título de imprudencia en Chile y exhiben, por las razones que se explicarán respectivamente, ciertas cualidades compartidas con el delito de maltrato animal.

Cabe advertir desde ya que, si bien las figuras que se comentarán no dicen relación necesariamente con un interés legislativo por sancionar los actos de maltrato contra animales no humanos, algunas de estas decisiones de criminalización contienen de igual forma cierto “efecto protector” en beneficio de los mismos, aunque de manera indirecta. Lo anterior se ve corroborado si se acoge la postura propuesta por Alfonso Henríquez (2020), quien a través de un estudio sistemático de múltiples disposiciones legales, tales como la Ley N°21.020, Ley de Caza o la Ley N°20.380, concluye que el ordenamiento jurídico chileno se estructura en torno a lo que denomina “principio de protección animal”, el cual debe operar como elemento de interpretación al momento de determinar el sentido y alcance de ciertas normas. Ello, en sus palabras, “habilita al intérprete para proponer o decidir atribuir a una disposición o conjunto de enunciados normativos, un determinado significado que guarde mayor conformidad con el fundamento axiológico o la finalidad de la normativa sobre derecho animal” (Henríquez, 2020, p. 247), correspondiéndose esta finalidad con una preocupación por mejorar las condiciones de existencia de los animales y evitarles daños innecesarios.

Este principio, además, “supone el deber de la administración de aumentar de manera progresiva los estándares de protección respecto de los animales y de no eliminar aquellas medidas actualmente vigentes que vayan en su beneficio” (Henríquez, 2020, p. 246), circunstancia que sirve de apoyo a lo que se propondrá en este y los siguientes apartados, esto es, la posibilidad de extender la punibilidad del delito de maltrato animal a su hipótesis imprudente.

1. Artículo 492 del Código Penal

El régimen de *numerus clausus* para los delitos imprudentes queda abierto cuando se trata de cuasidelitos contra las personas, en función del artículo 492 del Código Penal. Esta norma dispone lo siguiente:

Art. 492. Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas [...].

Cabe mencionar que el núcleo esencial de la conducta punible bajo el artículo 492 del Código Penal está constituido por la exigencia de que se haya ejecutado un hecho o se haya incurrido en una omisión que, de mediar malicia, “constituiría un crimen o simple delito contra las personas”. Lo anterior, en rigor, porque lo prohibido queda determinado por los tipos del Título VIII del Libro II del Código Penal, que justamente establecen crímenes y simples delitos contra las personas. En consecuencia, la infracción de los deberes de cuidado a los que se refiere el artículo 492 posibilita la imputación —a título de imprudencia— de la realización de aquellos tipos. “Así, no es cualquier infracción a un deber de cuidado la que resulta punible, sino que lo prohibido es matar a otro, en los términos del artículo 391, mutilar a otro, en los términos de los artículos 395 y 396, y lesionar a otro, en los términos de los artículos 397 y 399, todos del Código Penal, y la exigencia de mera imprudencia e infracción de reglamentos lo que hace es determinar en qué casos es posible afirmar la imputación subjetiva de tal resultado de muerte, de mutilación o de lesiones y por lo tanto aplicar la pena correspondiente al respectivo cuasidelito” (Yañez, 2019, p. 86).

De esta forma, es posible sostener que esta apertura del sistema de *numerus clausus* tiene su fundamento en el hecho de encontrarnos, en general, ante bienes jurídicos personalísimos de especial protección, circunstancia que, de seguir el planteamiento explicado en capítulos previos, podría entenderse satisfecha o a lo menos analógica respecto del delito de maltrato animal en su consagración actualmente vigente. Incluso, adentrándonos en la cualidad de sintiencia que comparten tanto personas como animales no humanos, la ampliación de la punibilidad de los delitos contra las primeras a través de la criminalización de su forma imprudente se justificaría también para el caso del maltrato animal, toda vez que, en los términos propuestos por Eze Paez (2021):

“No sólo los seres humanos tienen los medios para poseer estados intencionales, como aquí se han descrito. Esto es cierto respecto de todas las entidades sintientes. Entiendo sintiencia aquí en la forma estándar, como la capacidad de tener estados fenoménicos afectivos, tales como placer o dolor. El consenso científico es que todos los animales vertebrados y los pulpos, son sintientes —es aún objeto de debate respecto a otros invertebrados. Los animales sintientes tienen representaciones de su entorno y sus estados fisiológicos internos, incluyendo la percepción de objetos como evitables y perseguibles: dolorosos o placenteros, peligrosos o favorables, asquerosos o deliciosos, entre otros. Dada la evidencia disponible, el comportamiento animal se puede explicar haciendo referencia al contenido de sus estados intencionales. Esto es, como es el caso de los seres humanos, la explicación más plausible” (Paez, 2021, p. 20).

Así las cosas, tratándose de un delito como el maltrato animal, el cual, como se dijo, no puede interpretarse como uno que protege bienes jurídicos disponibles o patrimoniales, sino que, por el contrario, dice relación con la protección penal de los animales no humanos considerados

individualmente, resulta plausible tipificar comportamientos culposos susceptibles de provocarles dolor o sufrimiento, tal como los delitos contra las personas respecto de estas últimas.

2. Artículo 289 del Código Penal

El artículo 289 del Código Penal, concerniente a la propagación de enfermedades animales o plagas vegetales, dispone:

Art. 289. El que de propósito y sin permiso de la autoridad competente propagare una enfermedad animal o una plaga vegetal, será penado con presidio menor en su grado medio a máximo.

Si la propagación se produjere por negligencia inexcusable del tenedor o encargado de las especies animales o vegetales afectadas por la enfermedad o plaga o del funcionario a cargo del respectivo control sanitario, la pena será de presidio menor en su grado mínimo a medio.

En 1969 entró en vigencia la redacción original de este artículo, que sancionaba la conducta descrita en el inciso primero con presidio menor en su grado medio o multa de tres a diez sueldos vitales. Tratándose de su perpetración con negligencia inexcusable, la pena era de presidio menor en su grado mínimo o multa de uno a cinco sueldos vitales. Luego, el 9 de diciembre de 1988, se publicó la Ley N°18.765, cuyo artículo único modificó esta norma de sanción, aumentando las penas a las que se indican en la redacción actual, citada previamente.

De la lectura de la Historia de la Ley N°18.765, queda de manifiesto que la motivación principal del proyecto estuvo dada por la reaparición en diversos territorios de la República de la enfermedad animal conocida como fiebre aftosa⁵. Si bien el mensaje del proyecto alude primariamente al riesgo que esta situación significaba para la salud de la población en aquella época, éste incluye diversos términos que dicen relación con una incipiente preocupación con el bienestar animal, a saber: “protección jurídica del patrimonio ecológico del país”; “delitos que atentan contra la salud animal y vegetal” y “grave daño a la sanidad animal o vegetal”. Todas estas ideas que se enuncian a lo largo del mensaje sirvieron de justificación para la promulgación de ley en comento. Y demuestran, como ya se dijo, cierto interés por resguardar la salud animal en sí misma y no solo por su eventual impacto en la vida humana. Así pues, esta disposición que sigue vigente al día de hoy permite construir también una premisa en virtud de la cual el bienestar animal, como bien jurídico de especial protección, admite servir de fundamento a la tipificación culposa de determinados delitos que van en su desmedro, en cuanto el propio legislador lo ha advertido en el pasado.

3. Artículos 136 y siguientes de la Ley General de Pesca

El Decreto N°430 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.892 (indistintamente, “Ley General de Pesca”), en sus artículos 136 y siguientes establece lo siguiente:

⁵ Historia de la Ley N°18.765 [fecha de consulta: 31 de julio de 2022] p. 3-4. Disponible en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/45997/1/HL_18765.pdf>.

Art. 136. El que sin autorización, o contraviniendo sus condiciones o infringiendo la normativa aplicable introdujere o mandare introducir en el mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de agua, agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño a los recursos hidrobiológicos, será sancionado con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 100 a 10.000 unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las sanciones administrativas correspondientes.

El que por imprudencia o mera negligencia ejecutare las conductas descritas en el inciso anterior será sancionado con presidio menor en su grado mínimo y multa de 50 a 5.000 unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las sanciones administrativas correspondientes. Si el responsable ejecuta medidas destinadas a evitar o reparar los daños, el tribunal podrá rebajar la pena privativa de libertad en un grado y la multa hasta en el cincuenta por ciento, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan. En el caso del inciso segundo, podrá darse lugar a la suspensión condicional del procedimiento que sea procedente conforme al artículo 237 del Código Procesal Penal, siempre que se hayan adoptado las medidas indicadas y se haya pagado la multa.

Art. 136 bis. [...] El que con dolo o culpa introdujere o mandare introducir organismos genéticamente modificados al mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de aguas, sin contar con la autorización a que se refiere el artículo 87 bis, será sancionado con multa de 500 a 5.000 UTM y presidio menor en su grado medio.

En aquellos casos en que la conducta descrita en el inciso anterior causare daño al medio ambiente acuático o a otras especies hidrobiológicas o en caso de reincidencia, se aplicará la pena aumentada en un grado.

A su vez, el artículo 2 de la citada ley estatuye las definiciones que a continuación se transcriben:

17) Especie hidrobiológica: especie de organismo en cualquier fase de su desarrollo, que tenga en el agua su medio normal o más frecuente de vida. También se las denomina con el nombre de especie o especies.

36) Recursos hidrobiológicos: especies hidrobiológicas susceptibles de ser aprovechadas por el hombre.

En atención a las disposiciones referidas, en este caso, la cualidad compartida por estos delitos con el de maltrato animal, se desprende del objetivo de la Ley General de Pesca establecido en su artículo primero. A saber:

Art. 1° B. El objetivo de esta ley es la conservación y el uso sustentable de los recursos hidrobiológicos, mediante la aplicación del enfoque precautorio, de un enfoque ecosistémico en la regulación pesquera y la salvaguarda de los ecosistemas marinos en que existan esos recursos.

Esta norma estatuye dentro de las finalidades de la ley la conservación de recursos hidrobiológicos que, a su vez, podrían corresponderse con peces u otras especies animales marítimas, de manera tal que constituye una forma de protección atenuada a animales que tiene como manifestación la punición de determinadas conductas que, incluso cometidas imprudentemente, “causen daño a los recursos hidrobiológicos”. Si bien resulta claro que este no fue el propósito del legislador, sino que

su interés dice relación más bien con la salvaguardia de la industria pesquera, en tanto, la propia ley califica a los animales como “recursos” y además establece una protección privilegiada para aquellas especies susceptibles de ser aprovechadas por el hombre, lo cierto es que de todas formas este cuerpo normativo contiene disposiciones que sancionan conductas que imprudentemente atentan contra el bienestar de determinadas especies no humanas, en este caso, animales marítimos que son objeto de este cuerpo normativo en particular y sus respectivos ecosistemas. Lo anterior da cuenta de que nuestro ordenamiento jurídico penal, compuesto no solo del código de la materia, sino que también de leyes especiales que lo modifican o incorporan disposiciones a aquel, tipifica comportamientos que menoscaban el bienestar animal -aunque la finalidad declarada de la ley se haya dirigido a intereses productivos-, pese a cometerse sin dolo.

Sin perjuicio de lo dicho, las normas citadas generan cierto estado de inequidad entre las diversas especies animales no humanas, toda vez que los animales marítimos que se consideren “recursos hidrobiológicos” poseen un mayor nivel de protección que el resto de especies.

4. Artículo 495 N°21 del Código Penal

Resulta interesante referirse también a la falta prevista en el N°21 del artículo 495 del CP que sanciona con multa de una unidad tributaria mensual al que intencionalmente o con “negligencia culpable” causare daño que no exceda de una unidad tributaria mensual en bienes públicos o de propiedad particular.

Es pertinente tener a la vista esta disposición, ya que en virtud del artículo 567 del Código Civil, los animales son considerados bienes muebles semovientes susceptibles de apropiación por las personas. En razón de ello, adoptando incluso una perspectiva que no reconozca la necesidad de proteger el bienestar de animales no humanos, sería coherente sancionar el delito de maltrato animal cometido con imprudencia -aunque sea considerándolos como cosas-, más todavía teniendo presente su capacidad de sintiencia. Esta propuesta tendría como limitación el hecho de que el daño de cosa propia no es punible, por lo que, bajo la premisa de que los animales no humanos son cosas, si se criminalizara el maltrato animal imprudente, solo procedería sanción cuando se comete por una persona respecto de animales ajenos.

5. Otras iniciativas legislativas

A modo de reforzar el argumento sistemático tratado en este trabajo es pertinente revisar dos propuestas legislativas dirigidas a penalizar el delito de maltrato animal cometido con imprudencia bajo distintas formulaciones, tal como se expondrá.

a. Moción parlamentaria de fecha 24 de octubre de 1995 (Boletín N°1721-2012)

La moción parlamentaria de fecha 24 de octubre de 1995 presentada por los diputados señores Silva, Acuña, Martínez, Álvarez Salamanca, Navarro, Encina, Reyes, Ávila y las señoras Allende y Cristi, que dio origen al Boletín N°1721-2012 sobre protección de los animales, del cual surge luego la Ley N°20.380, expresaba en el artículo 1 inciso tercero lo siguiente: “Nadie puede maltratar a un animal en ninguna forma y por ningún medio, intencionalmente, ni por grave imprudencia o negligencia”. Si bien esta no fue la redacción del artículo que en definitiva aprobó el legislador, se

desprende que hace casi tres décadas existe un germen de la iniciativa por tipificar el delito de maltrato animal imprudente, circunstancia que resulta coherente con la promulgación de las normas mencionadas a lo largo de este capítulo.

b. Moción parlamentaria que modifica diversos cuerpos legales relativos a delitos que afectan a los animales para otorgarles una efectiva protección en materia penal (Boletín N°10895-07)

El 7 de septiembre de 2016 ingresó el proyecto Boletín N°10895-07, el que proponía la siguiente definición para el delito de maltrato animal:

Art. 291 ter. Para los efectos del artículo anterior, se entenderá por actos de maltrato o crueldad animal toda acción u omisión, puntual o reiterada, que injustificadamente causare daño, dolor o sufrimiento al animal, tanto físico como síquico.

Será considerado maltrato o crueldad animal el abuso sexual, así como también su facilitación, inducción, promoción o comercialización.

Constituirá también maltrato animal el actuar omisivo y negligente por parte de quien ostentare la calidad de tenedor, poseedor o garante del mismo.

El 12 de septiembre de 2019 dicho proyecto pasó a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, donde se mantiene hasta el día de hoy.

Como se observa, el inciso final del artículo citado hace referencia a la comisión del delito de maltrato animal de manera “omisiva y negligente”, de lo que se desprende la intención de tipificar precisamente la figura penal objeto de análisis. No obstante, desde ya es posible esgrimir ciertas aprehensiones sobre la redacción escogida, por las siguientes razones: (i) en primer lugar, el inciso final de la disposición no contiene un verbo rector más allá de “actuar” -de manera “omisiva y negligente”- ni se remite para esos efectos al contenido del inciso primero, así como tampoco alude al resultado típico contenido en este último inciso, relativo a la exigencia de causar injustificadamente daño, dolor o sufrimiento al animal. De este modo, el inciso final, que regula la hipótesis imprudente del delito, no describe claramente la conducta “omisiva y negligente” que resultaría punible, ni tampoco queda claro si, al igual que la hipótesis comisiva, se exige algún resultado. Ambas imprecisiones obstaculizan la comprensión del tipo. (ii) El uso de la conjunción “y” parece engendrar una confusión entre los delitos omisivos y los delitos imprudentes, conceptos que realmente dicen relación con dos niveles de imputación distintos, vale decir, el objeto de la imputación, por un lado, y los criterios de imputación, por el otro. Esta imprecisión redundante en que la aplicabilidad de la norma de sanción se vea reducida al exigirse que el comportamiento típico no solo sea omisivo, sino también negligente. En otros términos, bajo la redacción propuesta, el maltrato animal comisivo culposo resulta atípico.

6. Recapitulación

Teniendo a la vista los tipos expuestos en este apartado y de la mano con una interpretación a la luz del principio de protección del bienestar animal desarrollado por Henríquez (2020), queda de

manifiesto que el legislador penal ha tomado medidas en dirección a proteger el bienestar animal, equiparándolo con bienes jurídicos personalísimos. Tanto así que, para ciertos casos, se han criminalizado delitos que, de forma indirecta, atentan contra aquel a título de imprudencia.

Esta circunstancia permite construir un argumento sistemático en favor de la punibilidad del delito de maltrato animal imprudente, ya que, en lugar de crear normas disgregadas en diversos cuerpos normativos que persigan sancionar este tipo de conductas, aparece como una mejor técnica legislativa formular un único delito de maltrato animal imprudente que abarque todas las hipótesis de hecho pertinentes, sin distinguir entre qué clase de animales se trata arbitrariamente. Más sentido cobra esta idea si se tiene en consideración el deber con el que cargan las autoridades de avanzar progresivamente los estándares de protección animal, según se expuso al comienzo de este acápite.

Lo razonado previamente se condice con la propuesta de Fernández Cruz (2002), expuesta en el capítulo IV de este trabajo, relativa a los motivos por los cuales se castigan conductas imprudentes, vale decir, ya sea porque se trata de hechos especialmente graves o que atentan contra bienes jurídicos de especial protección, o bien, de comportamientos exigibles a determinadas personas porque detentan calidades subjetivas que las hacen destinatarias de deberes de cuidado superiores. Ambas circunstancias pueden entenderse satisfechas si se presta atención, primero, a la importancia del bien jurídico comprometido en el delito de maltrato animal, que se trató en secciones previas y que ha sido reconocida mediante la promulgación de las Leyes N°20.380 y N°21.020 y, en segundo lugar, a la situación asimétrica en que se encuentra la humanidad con relación a los animales no humanos, la que también posibilita esgrimir singulares deberes de cuidado a su respecto, aunque no sea propósito de este trabajo postularlos.

VI. TIPIFICACIÓN DEL MALTRATO ANIMAL IMPRUDENTE EN EL DERECHO COMPARADO

Bajo este título se analizarán ejemplos de tipificación del maltrato animal imprudente en legislación comparada, para efectos de consolidar la línea argumentativa desarrollada en los capítulos anteriores.

1. Caso francés

El Código Penal francés, bajo el título “Daño involuntario a la vida o la integridad de un animal”, dispone en su artículo R653-1 lo que sigue:

Art. R653-1. Le fait par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, d'occasionner la mort ou la blessure d'un animal domestique ou apprivoisé ou tenu en captivité est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 3e classe.

*En cas de condamnation du propriétaire de l'animal ou si le propriétaire est inconnu, le tribunal peut décider de remettre l'animal à une oeuvre de protection animale reconnue d'utilité publique ou déclarée, laquelle pourra librement en disposer.*⁶

Esta disposición consagra como falta el maltrato animal involuntario, describiendo una conducta consistente en causar la muerte o lesiones a un animal doméstico, domesticado o cautivo con torpeza, imprudencia, desatención, negligencia o incumplimiento de una obligación de seguridad o de prudencia impuesta por la ley (traducción libre). La pena respectiva es de multa de hasta 450 euros, sumada a la facultad que ostenta el tribunal de ordenar la entrega del animal a una organización de protección de animales.

Si algo puede ser objeto de crítica en esta norma es que protege solamente a los animales domésticos, domesticados o mantenidos en cautiverio, dejando fuera al resto de los animales no humanos, en razón de una relación de supervisión y dependencia entre los estos y las personas que no existe respecto de los animales salvajes (Soto, 2021, p. 14). Esta limitación constituye una lamentable desigualdad de trato entre seres vivos que deriva en el desamparo de ciertos animales por la simple condición en la que estos se desenvuelven en relación a los humanos, sin reconocer que todos pueden ser perfectamente objeto de tratos crueles e injustificados por igual.

A su vez, la gravedad de la sanción impuesta podría ser objeto de observaciones, en cuanto corresponde a una de falta y no de crimen o simple delito. En efecto, el Código Penal francés solo castiga como delito en su artículo L521-1 el hecho de ejercer actos de naturaleza sexual, actos de crueldad, o el abandono de un animal doméstico, domesticado o cautivo, asignándole a estos comportamientos una pena de hasta dos años de prisión y multa de 30.000 euros.

Ahora, pese a que la regulación francesa en esta materia no abarca a todas las clases de animales no humanos, implica igualmente una amplia esfera de protección, en tanto, en los términos desarrollados al comienzo de este trabajo, tiene por objeto que las personas no solo se ocupen de no incurrir con dolo en conductas típicas de maltrato animal, sino también se preocupen de sortear aquellas circunstancias susceptibles de mermar su capacidad de evitar incurrir en aquellas.

2. Caso suizo

La Ley Federal Suiza sobre Protección Animal del año 1995 consagra en su artículo 27 lo que se reproduce enseguida:

Art. 27. Maltreatment of Animals. 1 Anyone who intentionally a. maltreats an animal, seriously neglects or overworks it (Art. 22, para. 1); b. cruelly puts an animal to death (Art. 22, para. 2, let. a); c. kills animals wantonly, especially by using tame or captive animals for target-practice (Art. 22, para. 2, let. b); d. organises fights between or with animals, in the course of which the latter are maltreated or killed (Art. 22, para. 2, let. c); e. in the course of an experiment, inflicts pain, suffering or injury to an animal when the purpose of the experiment could have been otherwise achieved (Art. 16, para. 1) shall be liable to imprisonment or fine. 2 If the guilty party

⁶ Código Penal. 1 de marzo de 1994 (Francia). Disponible en:

<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006165455/?anchor=LEGIARTI000006419576#LEGIARTI000006419576>.

*has acted through negligence, he shall be liable to arrest or a maximum fine of 20,000 Swiss Francs.*⁷

Por su parte, el artículo 22 de la mentada ley, al cual la disposición hace referencia múltiples veces, consagra:

Art. 22 1. *Animals may not be maltreated, seriously neglected or needlessly overworked. 2 It is also forbidden:*

a. to put animals to death cruelly;

b. to kill animals for amusement or wantonly, especially by using tame or captive animals for target-practice;

c. to organise fights between or with animals, in the course of which the latter are maltreated or killed;

d. to use live animals to train dogs or test their aggressiveness, except when dogs are being trained or tested in an artificial burrow, under the conditions prescribed by the Federal Council;

e. to use animals for exhibitions, advertising, film-making or similar purposes when this plainly causes them pain, suffering or injury;

f. to seek to rid oneself of an animal which depends on human care for survival by releasing or abandoning it;

g. to cut off the claws of cats and other felines, to clip or prick the ears of dogs, to remove the vocal organs or employ other methods to prevent animals from giving tongue or reacting to pain in another audible manner;

h. to administer substances designed to stimulate the physical capacities of animals for sporting purposes (doping).

*3 The Federal Council may prohibit the use of other practices on animals.*⁸

Cabe destacar que el artículo 22 contiene la prohibición general del maltrato, descuido grave o sometimiento a esfuerzos innecesario de animales, abarcando diversas hipótesis de manera expresa, en función del resultado o método utilizado (traducción libre). En esa línea, el artículo 27, que está inserto en el título “Disposiciones penales”, sanciona los actos constitutivos de maltrato animal cometidos tanto en forma dolosa como imprudente. En este último caso, la pena que se arriesga puede ser el arresto o una multa que asciende a 20.000 francos suizos.

Esta norma, en consideración a lo que se objetó de las anteriores, es bastante completa, lo cual cobra sentido si se observa el hecho de que forma parte de un cuerpo normativo especialmente dictado para la protección animal. En ese sentido, el artículo no solo evita hacer distinciones arbitrarias entre los diversos animales no humanos, sino que sanciona las conductas imprudentes constitutivas de maltrato enumeradas en detalle por la disposición con una pena mayor.

⁷ Ley Federal Suiza sobre Protección Animal. 1 de julio de 1995 (Suiza). Traducción a idioma inglés disponible en: <<https://www.animallaw.info/sites/default/files/Swisslaws.pdf>>.

⁸ *Ibid.*

3. Recapitulación

En suma, la técnica legislativa consistente en sancionar penalmente actos de maltrato imprudentes en contra de animales no humanos, que menoscaban bienes jurídicos que merecen especial protección como lo es el bienestar animal, resulta suficientemente reconocible en el derecho comparado. Si bien todavía no es dable afirmar que existe una tendencia consolidada en esta dirección, los casos analizados -sin perjuicio de otros ordenamientos en el resto del mundo- dan cuenta de que, primero, es viable tipificar la figura penal de maltrato animal imprudente en diversos grados, ya sea con pena de falta o de simple delito y, segundo, países con especial interés por la protección del bienestar animal demuestran haber transitado hacia el fortalecimiento de las categorías penales con el objeto de garantizar estándares mínimos de tutela animal.

VII. CONCLUSIONES

1. El delito de maltrato animal se encuentra previsto y sancionado en el artículo 291 y siguientes del Código Penal. Estas disposiciones, que vinieron a reforzar la protección animal en nuestro ordenamiento jurídico, fueron introducidas mediante la Ley N° 21.020, popularmente conocida como “Ley Cholito”, en el año 2017.
2. La doctrina especializada, entre quienes destaca el profesor Juan Pablo Mañalich, ha interpretado los cambios regulativos en esta materia como un reconocimiento subjetivo de los animales representativo de un tratamiento de los bienes jurídicos comprometidos en su protección análogo al de los bienes de carácter personalísimo.
3. La figura de la imprudencia en el Código Penal está regulada por un sistema de *numerus clausus*, de manera tal que los delitos imprudentes no son punibles, salvo que lo establezca el legislador expresamente. En este contexto, es posible encontrar disposiciones que contemplan ilícitos penales culposos punibles tanto en el código mencionado, como en leyes especiales, por ejemplo, la Ley General de Pesca. Mediante un examen superficial de algunas de estas normas a la luz del principio de protección del bienestar animal que trasciende al ordenamiento jurídico chileno, se puede constatar que éste indirectamente protege por esta vía a los animales no humanos, sin establecer todavía una tipificación general del delito de maltrato animal imprudente.
4. Por otro lado, el autor Fernández Cruz postula que las conductas imprudentes se sancionan por dos razones: ya sea porque se trata de hechos especialmente graves o bien de conductas desplegadas por determinadas personas que detentan deberes de cuidado incrementados. Si bien estos requisitos no deben interpretarse como copulativos, ambos pueden desprenderse del delito de maltrato animal, en cuanto el bien jurídico comprometido requiere especial protección y, además, la asimetría existente entre personas y los animales no humanos podría justificar deberes de cuidado especiales a su respecto.
5. A su vez, se detectan experiencias en derecho comparado en las que se ha decidido criminalizar el maltrato animal cometido con imprudencia. Es el caso de, por ejemplo, Francia y Suiza.

6. Por último, el problema aquí comentado ha sido objeto de al menos dos propuestas legislativas mediante las cuales se ha intentado penalizar el delito de maltrato animal cometido con imprudencia bajo distintas formulaciones, datando una de ellas de 1995.
7. En atención a todo lo señalado y restantes argumentos que no se abarcaron en este trabajo, queda de manifiesto la necesidad de tipificar el maltrato animal imprudente en Chile como una solución coherente y respetuosa del bienestar animal como eje primordial de protección en nuestro ordenamiento penal.
8. La graduación de la imprudencia en un delito de maltrato animal, desde el punto de vista de la reprochabilidad merecida en atención al grado de cuidado exigido al destinatario de la norma, podrá ser objeto de debates futuros.

BIBLIOGRAFÍA

Besio Hernández, M. (2019). Comentario al artículo 291 bis y ter. En J. Couso y H. Hernández (Eds.), Código Penal Comentado. Parte Especial. Libro Segundo, Título VI (Arts. 261 a 341). Santiago: Thomson Reuters.

Binfa Álvarez, J. (2021) ¿Son precedentes los acuerdos reparatorios por delitos de maltrato animal en Chile? (Corte de Apelaciones de Temuco). Revista de Derecho Animal, 2, 123-130.

Contesse, J. y Boldt, J. (2009) La punibilidad de las acciones prenatales con resultados lesivos [Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile]. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/106936>

De Carvalho González, E. (2016) La comisión por omisión en el delito de maltrato o crueldad animal [Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal, Universidad de Chile]. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142651>

Fernández Cruz, J. (2002). El delito imprudente: la determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones. Revista de Derecho (Valdivia), 13, 101-121.

Henríquez Ramírez, A. (2020). El principio de protección del bienestar animal: elementos para su configuración en el derecho chileno. Revista de Bioética y Derecho, 53, 235-252.

Leiva Ilabaca, C. (2018). 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, M. J. y Gallego, J. (Eds.), Derecho Animal. Teoría y Práctica (pp. 405-426). Santiago: Thomson Reuters.

Mañalich Raffo, J. P. (2015). La imprudencia como estructura de imputación. Revista de Ciencias Penales Sexta Época, 42(3), 13-36.

Mañalich Raffo, J. P. (2018). Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos-de-derecho. Revista de Derecho (Valdivia), 31(2), 321-337.

Matus Acuña, J. P. (2011). Acerca de la licitud de 'las peleas de gallos' y el alcance del delito del Art. 291 bis del Código Penal. Gaceta Jurídica, 370, 13-24.

Paez, E. (2021). Una república para todos los sintientes: libertad social sin libre albedrío. Revista de Derecho Animal, 2, 9-31.

Reyes Romero, I. (2014) Falta de cuidado y riesgo permitido: una clave de lectura del art. 10 N° 8 del Código Penal [Memoria para optar al grado de Licenciado Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile]. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/115478>

Soto Ros, C. (2021) Estudio de derecho comparado de los diferentes modelos de protección penal animal [Trabajo para obtener Grado en Derecho, Universidad de la Laguna]. <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/24836/ESTUDIO%20DE%20DERECHO%20CO>

[MPARADO%20DE%20LOS%20DIFERENTES%20MODELOS%20DE%20PROTECCION%20PENAL%20ANIMAL.pdf?sequence=1](#)

Tapia Thenoux, M. (2020) El Estatus Jurídico y Moral del Animal no-Humano: Un esbozo jurídico-penal de lege ferenda encaminado a proteger los derechos del animal no-humano [Memoria al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile]. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/175536>

Yañez Morales, I. (2019) Análisis del artículo 492 del código penal a la luz del principio de legalidad penal [Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile]. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/172943>

JURISPRUDENCIA

Corte de Apelaciones de Temuco Rol N° 1.009-2018.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia Rit N° 83-2020.

Fecha de recepción: 1 de agosto de 2022.

Fecha de aceptación: 2 de diciembre de 2022.

Fecha de publicación: 30 de diciembre de 2022.

¿QUÉ OCURRIÓ CON LOS PAÍSES DE AMÉRICA LUEGO DE INCLUIR A LOS ANIMALES NO HUMANOS EN SUS CONSTITUCIONES?

WHAT HAPPENED TO THE COUNTRIES OF THE AMERICAS AFTER THE INCLUSION OF NONHUMAN ANIMALS IN THEIR CONSTITUTIONS?

FRANCISCA BAEZA CASTRO¹

RESUMEN: Muchos países de América han incluido a los animales no humanos en sus textos constitucionales, sin embargo, el tratamiento que se les ha dado no es uniforme. Por lo tanto, resulta especialmente relevante describir de qué forma se ha incorporado a los animales en las respectivas cartas fundamentales; lo anterior, para revisar la evolución normativa de cada país de forma posterior a dicha la inclusión.

PALABRAS CLAVES: Constitución – Animales no humanos – América – Leyes

ABSTRACT: Many countries in the Americas have included nonhuman animals in their constitutional texts, however, the treatment given to them is not uniform. Therefore, it is especially relevant to describe how animals have been incorporated in their respective constitutions, in order to review the normative evolution of each country after their inclusion.

KEYWORDS: Constitution – Non-human animals – America – Laws

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué lugar deben tener los animales no humanos en nuestro sistema legal? ¿Deben los animales ser incluidos en la constitución y en las leyes? ¿Es efectivo considerarlos en la constitución para el resguardo de sus intereses y derechos?

¹ Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Asociada de Fundación Derecho y Defensa Animal. Correo: francisca.baeza@ug.uchile.cl

Estas no son interrogantes particularmente modernas, ni tampoco reflejan un fenómeno de los últimos años. Sin embargo, resulta evidente que es un tema que ha tomado cada vez más fuerza durante el último tiempo. Si bien muchos países alrededor de todo el mundo han optado por regular la protección de algunos de los intereses de los animales en su normativa local, podemos apreciar que este proceso ha ido avanzando de tal manera que muchas constituciones modernas han llegado a hacer referencias a los animales no humanos.

En este sentido, resulta preponderante tener presente que los animales son seres sintientes dado que poseen “la capacidad de sentir, tanto en el plano físico como psicológico (es decir, experimentar dolor y placer, como también felicidad y tristeza, entre otras sensaciones y emociones) y tener consciencia de dichas experiencias, por lo que pueden procesar distintas experiencias tanto en positivas como negativas” (Valdés, 2021, p. 115). He ahí que podemos comprender que “los seres sintientes, en virtud de tal característica, tienen un interés en permanecer vivos” (Valdés, 2021, p. 114). Evidentemente, este no es el único interés de los animales no humanos, también lo es, por ejemplo, el no sufrir. Es importante tener claridad respecto de que no todo interés debe ser protegido mediante un derecho. Por otro lado, el concepto de derecho puede comprender distintas acepciones, pero para estos efectos, entendemos derecho, desde su concepción subjetiva, a grandes rasgos, como “el concepto de poder de un sujeto, que se manifiesta en conexión con una relación jurídica” (Figueroa, 2010, p.206). En este sentido, un sujeto gozará de una facultad o de una prerrogativa toda vez que la normativa legal así lo reconozca. De ahí que, aunque los animales no humanos tengan interés en vivir, esto no constituirá un derecho si no es regulado así por una norma.

Ahora bien, resulta tremendamente importante revisar cómo se ha realizado el tratamiento de esta materia en las distintas constituciones, entendiendo que “la integración de los animales en la constitución no siempre se ha desarrollado de la misma forma” (Harris, 2021, p. 1).

Si comprendemos la constitución como la piedra angular de cualquier sistema jurídico, va a resultar determinante la forma en que se incorpore a los animales no humanos en el texto fundamental, ya que toda ley y toda norma deberá obedecer a los principios establecidos en dicha constitución. Además, no sólo las normas deberán ajustarse a la carta fundamental, sino también la jurisprudencia creada por los tribunales de justicia. Es por dichos motivos que se debe revisar de qué forma ha evolucionado el desarrollo legislativo de cada país en particular tras la inclusión de los animales en sus respectivas constituciones.

Por lo tanto, describiremos las normas dictadas posteriormente a las modificaciones constitucionales que mencionan a los animales no humanos en los distintos textos fundamentales, así como también revisaremos la creación de organismos públicos dedicados a la materia en cuestión, de rango constitucional, o los deberes estatales y de los ciudadanos para con los animales que se hayan estipulado en tal sentido. Además, señalaremos si existen diferencias o semejanzas en los distintos países de América en el desarrollo de esta temática.

Por último, determinaremos si lo anterior constituye un avance real y efectivo en el camino de resguardar y proteger los intereses de los animales no humanos por parte de los sistemas jurídicos de cada país del continente americano. De esta manera, estudiaremos qué es lo que ocurrió con los países de América una vez que incluyeron a los animales no humanos en sus constituciones.

II. ANÁLISIS NORMATIVO

En primer lugar, resulta relevante señalar que la constitución no siempre fue el punto de partida en que los países reconocieron a los animales no humanos y sus intereses. Muchas veces se tipificó el delito de maltrato animal o se dictaron normas respecto de higiene y sanidad primero. También podemos apreciar que varios países han incluido previamente regulación relativa a actividades de explotación de animales, como lo son la caza, pesca y ganadería.

Asimismo, existen también países en América que solamente tienen normativa de rango legal y que no han incorporado a los animales en la carta fundamental. Un buen ejemplo de lo anterior es el caso de Chile, que no cuenta con referencias a los animales en su carta fundamental, pero sí se han incorporado a la normativa local a propósito de la Ley N°20.830 de Protección Animal, la Ley N°21.021 sobre Tenencia Responsable y el delito de maltrato animal consagrado en el artículo 291 bis del Código Penal. A este respecto, también se podría mencionar a Argentina o Colombia.

A continuación, estudiaremos las distintas constituciones de los países de América que incluyeron a los animales no humanos en sus textos y la normativa dictada de forma posterior a dicha inclusión, vinculada siempre al objetivo de dar regulación a los intereses e incluso algunos derechos de los animales.

1. República de Ecuador

La constitución de Ecuador, actualmente vigente, entró en vigor el día 28 de septiembre de 2008 y ha sido modificada en tres ocasiones durante los años 2011, 2014 y 2018. Dicho texto señala en el artículo 71 de su acápite número siete, referido a los derechos de la naturaleza, lo siguiente:

Art. 71. 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.

De la lectura del mencionado artículo, podemos apreciar que los animales no humanos no son incorporados de forma individual, sino que más bien se entienden como un elemento que forma parte del medioambiente, indicando que este último que gozará del derecho a que se respete su existencia y mantenimiento.

Posteriormente, el Código Orgánico Integral Penal, que entró en vigor durante el año 2014, incluyó delitos como el maltrato y la muerte de mascotas o de animales de compañía, en su artículo 249:

Art. 249. La persona que por acción u omisión cause daño, produzca lesiones, deterioro a la integridad física de una mascota o animal de compañía, será sancionado con pena de 50 a 100 horas de servicio comunitario. Si se causa la muerte del animal será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días.

Años después, durante el 2020, entró en vigencia una nueva forma al Código Orgánico Integral Penal, en virtud del cual se incorporan nuevos delitos respecto de zoofilia, muerte de animales, peleas y abandono. A este respecto nos parece interesante estudiar el nuevo artículo 250 numeral primer que dispone

Art. 250.1. La persona que mate a un animal que forma parte de la fauna urbana será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. Si la muerte se produce como resultado de actos de crueldad será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Podemos apreciar que las figuras delictivas relativas a los animales no humanos en este país se han ampliado, ya que en un principio sólo consideraban animales calificados como mascotas para llegar a incluir a todos aquellos comprendidos en la fauna urbana. Con todo “debemos tener en cuenta que actualmente no existe una Ley de Protección de los Animales en Ecuador si bien países vecinos, como Colombia y Perú, sí disponen de ella” (Hernández y Fuentes, 2018, p.1).

2. República Dominicana

Asimismo, la Constitución de República Dominicana, promulgada el 14 de junio del año 2015, utiliza una técnica similar a la apreciada en la Constitución de Ecuador al considerar a los animales no humanos, como elemento formativo del medio ambiente. En el acápite referido a los derechos colectivos y del medioambiente, en particular en el artículo 66, indica lo siguiente:

Art. 66. El Estado reconoce los derechos e intereses colectivos y difusos, los cuales se ejercen en las condiciones y limitaciones establecidas en la ley. En consecuencia protege:

1. La conservación del equilibrio ecológico, de la fauna y la flora;
2. La protección del medio ambiente;
3. La preservación del patrimonio cultural, histórico, urbanístico, artístico, arquitectónico y arqueológico.

Posteriormente, y teniendo en consideración la constitución del mencionado país, se promulgó la Ley de Tenencia Responsable y Protección Animal N°248-12, el 15 de agosto del año 2021. El capítulo segundo de la mencionada ley es bastante interesante dado que impone distintas obligaciones al estado respecto a la materia en cuestión. En conformidad a lo expuesto anteriormente, el cuarto artículo señala:

Art. 4. Es obligación del Estado salvaguardar los derechos de los animales y su igualdad ante la vida y protegerlos contra el desprecio, el irrespeto, la desatención, el descuido, el abandono, el maltrato y la crueldad a que son sometidos, prohijando el cuidado de las especies y su hábitat.

Ahora bien, dicha normativa regula ciertas actividades vinculadas a la explotación animales, como lo es la experimentación, e incluso los sacrificios.

Por otro lado, su artículo 58 prohíbe todo tipo de espectáculo con animales no humanos, entre ellos los circos, y define distintos casos de negligencia, maltrato y crueldad animal. Respecto de estos últimos casos, se reconocen distintas sanciones, las cuales incluyen no sólo con multas a beneficio fiscal, sino también penas de cárcel, siendo la más alta de seis meses a un año en el caso de la crueldad contra los animales.

3. República de Panamá

La Constitución de Panamá fue promulgada durante el año 1972. Ha sufrido cinco modificaciones, siendo la última de estas el año 2004. El mencionado texto señala en su artículo 120:

Art. 120. El Estado reglamentará, fiscalizará y aplicará oportunamente las medidas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna terrestre, fluvial y marina, así como de los bosques, tierras y aguas, se lleven a cabo racionalmente, de manera que se evite su depredación y se asegure su preservación, renovación y permanencia.

Por lo tanto, podemos apreciar una diferencia en comparación a los países estudiados con anterioridad, dado que podemos observar un mandato a regular los usos y aprovechamientos de la fauna para mantener su existencia, todo bajo el marco de la explotación animal. No se aprecia el reconocimiento de ningún interés respecto de los animales, así como tampoco del medioambiente, más que evitar su extinción.

El 12 de octubre de 2012, se promulgó la Ley N°70 de la Protección de los Animales Domésticos, en la cual se menciona, de conformidad a lo establecido en su artículo número tres, que “animal doméstico es aquel que el hombre ha elegido como su mascota”². A este respecto, se regulan ciertas faltas y sanciones respecto de los animales no humanos, como por ejemplo, causar lesiones o muerte, prácticas de zoofilia, abandono, entre otras.

Posteriormente, el 31 de octubre de 2017 fue promulgada la Ley N°70, la cual modificó el artículo 421 del Código Penal indicando que:

Art. 421. Quien, mediante actos de crueldad, cause la muerte o lesiones gravemente a un animal usado como mascota será sancionado con prisión de dieciocho a veinticuatro meses o su equivalente en días-multa o arresto fines de semana.

Durante el año 2020, se dictó la Ley N°133, que modificó la Ley N°70 del 12 de octubre de 2012, agregando otras obligaciones zoonosanitarias a quienes tengan mascotas.

Por último, la Ley N°138, promulgada el día 23 de marzo de 2020, crea el Programa de Municipal de Bienestar Animal, la cual tiene como objetivo “la creación de programas municipales de bienestar animal en municipios a nivel nacional, para promover políticas públicas y mejores

² Art. 3 de la Ley N°70/2012, República de Panamá.

prácticas sobre el tema de la protección animal dirigidas a los miembros de cada comunidad y sus mascotas”³, de acuerdo con lo prescrito por su artículo uno.

Con mérito de lo anterior, podemos apreciar que, una vez dictada la constitución, la normativa respecto de los animales no humanos en Panamá ha avanzado y se ha ido especializando. No obstante lo anterior, dicha normativa está especialmente dirigida a aquellos animales de compañía o mascotas.

4. República de Guatemala

La Constitución de Guatemala fue dictada el año 1985 y entró en vigor al año siguiente. Su última modificación fue realizada el año 1993. Su artículo 64, relativo al patrimonio natural, prescribe lo siguiente:

Art. 64. Se declara de interés nacional la conservación, protección y mejoramiento del patrimonio natural de la Nación. El Estado fomentará la creación de parques nacionales, reservas y refugios naturales, los cuales son inalienables. Una ley garantizará su protección y la de la fauna y la flora que en ellos exista.

A este respecto podemos apreciar que este país resguarda a sus especies autóctonas entregando un mandato constitucional al poder legislativo para promulgar leyes y normas que promuevan la protección de los animales no humanos que habiten en parques nacionales, reservas y refugios naturales. Por lo tanto, es posible evidenciar que nuevamente la presencia de los animales no humanos se encuentra establecida en el marco del medioambiente evidenciándose una clara preferencia a los de carácter nativo.

Posteriormente, el año 2017 se dictó el Decreto N°5 de Protección y Bienestar Animal, el cual menciona en su artículo segundo lo siguiente:

Art. 2. Todos los animales tendrán a partir de la promulgación de la presente Ley, el reconocimiento jurídico de seres vivos sintientes y contarán con especial protección contra el sufrimiento y el dolor causados directa o indirectamente por los seres humanos.

Lo anterior es destacable ya que “Guatemala usa una terminología más puntual, bajo una estructura más amplia y acorde a al reconocimiento para los animales como ‘seres sintientes’, término comprendido en la ley, visto bajo una fácil comprensión y lectura que facilita la ruta jurídica sobre la tendencia trazada hacia la consideración de la sintiencia de los animales” (Arguello, 2017, p. 5).

Asimismo, resulta relevante señalar que dicha ley ordena al Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación crear la Unidad de Bienestar Animal, la cual deberá velar por la observancia de la Ley de Protección y Bienestar Animal, junto con coordinar y capacitar a autoridades en la materia, entre otras obligaciones.

³ Art. 1 de la Ley N°138/2020, República de Panamá.

Por lo tanto, posterior al reconocimiento de los animales no humanos en la constitución, podemos apreciar que se dictó una ley sumamente importante al reconocer a todos los animales son seres sintientes, no sólo aquellos que habitan territorios protegidos del país, ampliándose en este sentido el ámbito de protección a todos los animales no humanos. Asimismo, es destacable la creación de un organismo autónomo especializado en la observancia de la normativa atingente a la materia, como lo es la Unidad de Bienestar Animal.

5. República Federal de Brasil

En primer lugar, es menester señalar que Brasil es un país federal, por lo que además de la legislación federal de carácter nacional, cada uno de sus estados o federaciones tiene, su propia normativa. Con todo, procederemos a revisar su normativa federal referente a los animales no humanos.

La Constitución de Brasil fue promulgada durante el año 1988, siendo su última modificación el año 2017. Durante la mencionada modificación, se incorporó el artículo 225, bajo su título sexto denominado “medioambiente”, el cual expone lo siguiente:

Art. 225. El derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado y el deber del Poder Público y de la colectividad, el deber de defenderlo y preservarlo, protegiendo en específico la fauna y la flora, prohibiendo expresamente las prácticas que pongan en riesgo su fusión ecológica, provoquen la extinción de especies o sometan a los animales a la crueldad.⁴

Podemos constatar nuevamente que el reconocimiento de los animales se materializa mediante su inclusión como parte del medio ambiente. Sin embargo, el texto ordena expresamente prohibir actos que puedan significar crueldad contra los animales no humanos. “Enmarcada en el medio ambiente como fauna, la protección de los animales también merecía protagonismo, y debe protegerse independientemente de su propósito económico, cultural o social” (Botelho y Lopes, 2020, p. 43).

Posteriormente, el año 2018 se promulgó la Ley N°9.605 relativa a delitos ambientales, en donde se tipificó el delito de maltrato animal. Por último, el año 2020 se dictó la Ley N°14.064, conocida como Ley *Sansão* que endureció las penas establecidas precedentemente para los delitos de maltrato animal, además de incluir los delitos de abuso, lesión, maltrato y mutilación.

6. República Plurinacional de Bolivia

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada durante el año 2009, realiza algunas referencias importantes sobre los animales no humanos y sus intereses, dentro de las cuales algunas requieren especial atención.

A este respecto, el artículo 189 prescribe que serán atribuciones del Tribunal Agroambiental:

Art. 189. Resolver los recursos de casación y nulidad en las acciones reales agrarias, forestales, ambientales, de aguas, derechos de uso y aprovechamiento de los recursos

⁴ Traducción propia.

naturales renovables, hídricos, forestales y de la biodiversidad; 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.

Posteriormente, el artículo 299 de la mencionada carta fundamental, ordena al estado y a las entidades territoriales autónomas “preservar, conservar y contribuir a la protección del medio ambiente y fauna silvestre manteniendo el equilibrio ecológico y el control de la contaminación ambiental.”⁵

En la misma línea el artículo 387 indica lo siguiente:

Art. 387. El Estado deberá garantizar la conservación de los bosques naturales en las áreas de vocación forestal, su aprovechamiento sustentable, la conservación y recuperación de la flora, fauna y áreas degradadas.

Posteriormente, se dictó, durante el año 2015, la Ley N°700 para la Defensa de los Animales Contra Actos de Crueldad y Maltrato, la cual considera que los animales ostentan el derecho a ser reconocidos como seres vivos, a ser auxiliados y ser protegidos de cualquier tipo de violencia. En este sentido, esta ley “establece la defensa de los animales contra actos de crueldad y maltrato cometidos por personas naturales o jurídicas, con derechos inherentes respecto a su reconocimiento como ser vivo, a un ambiente saludable y protegido, a ser resguardados contra todo tipo de violencia o crueldad y a ser auxiliados” (Pincheira, 2016, p. 97).

La mencionada ley es muy relevante dado que su artículo 3 indica que los animales serán reconocidos como sujetos de protección y titulares de los siguientes derechos:

- a) A ser reconocidos como seres vivos.
- b) A un ambiente saludable protegido.
- c) A ser protegidos contra todo tipo de violencia, maltrato y crueldad.
- d) A ser auxiliados y atendidos.

Del mismo modo, se reconocen obligaciones tanto del Estado como de los ciudadanos de Bolivia para con los animales no humanos, las que fueron posteriormente ampliadas con la dictación del reglamento de dicha ley.

Recientemente, el 21 de abril del año 2021, se dictó el Decreto Supremo N°4489, el cual se remite a los artículos 33, 298, 342 y 383 del texto fundamental, la cual tiene como objeto “la protección de la fauna silvestre, en el marco de la competencia exclusiva del nivel central de Estado”⁶, en lo prescrito por su artículo número 1. Asimismo, dicha norma define el concepto de fauna silvestre en los siguientes términos: “conjunto de animales vertebrados e invertebrados que forman parte de especies que no han sufrido un manejo generacional selectivo por el hombre, pueden o no requerir de su cuidado para sobrevivir, son componentes de la Madre Tierra y forman parte de la Biodiversidad”⁷.

⁵ Art. 229 Constitución de Bolivia.

⁶ Art. 1 Decreto Supremo N°4489/2021, Bolivia.

⁷ Art. 2 Decreto Supremo N°4489/202, Bolivia.

7. República de Cuba

La constitución del país indicado en el acápite fue promulgada el año 2019 e indica en su título cuarto, artículo 90, referido a los deberes, lo siguiente:

Art. 90. 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.

A la luz de este precepto legal, podemos ver que es un deber del ciudadano proteger la fauna, dentro del paradigma de la conservación medioambiental.

Posteriormente, el sábado 10 de abril de 2021, se publicó en la *Gazeta Oficial de la República de Cuba* el Decreto Ley N°31 de Bienestar Animal. El objetivo de dicho cuerpo legal radica en “regular los principios, deberes, reglas y fines respecto al cuidado, la salud y la utilización de los animales, para garantizar su bienestar, con enfoque a Una Salud”⁸. El mencionado cuerpo legal ordena al Centro Nacional de Sanidad Animal del Ministerio de Agricultura dirigir e implementar las políticas relativas al bienestar animal, de acuerdo a lo señalado en su artículo 11 numeral 1. Del mismo modo, como hemos apreciado en otros países de América, la mencionada ley incorpora penas para aquellos que cometan delitos de maltrato animal.

III. COMENTARIOS

De lo expuesto previamente, podemos observar que cada uno de los países de América hace referencia a los animales no humanos de distintas formas, con distintos objetos e incluso bajo distintos títulos. Sin embargo, resulta evidente que, a la luz de los textos constitucionales, podemos encontrar grandes semejanzas.

En primer lugar, podemos apreciar que es bastante común que los animales no humanos sean incorporados como un elemento formativo del medioambiente. Lo anterior se hace evidente dado que en su mayoría los animales son regulados bajo el título o el apartado referido a la naturaleza. Este “nuevo constitucionalismo”, “constitucionalismo biocéntrico”, “constitucionalismo experimental” o “constitucionalismo de la alteridad” se cimienta en las constituciones ecuatoriana y boliviana, que explícitamente reconocen a la naturaleza como un sujeto de derechos” (Sarmiento, 2020, p. 225).

Ahora bien, no podemos apreciar en ningún caso que los animales no humanos sean reconocidos en un apartado individual. Generalmente se considera el interés de no explotar el medioambiente de manera tal que se impida la destrucción de los ecosistemas y, con ellos, la extinción de sus distintas especies. Pocas veces se hace referencia al interés de que los animales no sean objetos de

⁸ Art. 1 Decreto Ley N°31, República de Cuba.

maltratos, como ocurre en la constitución de Brasil, pese a que este no es el único interés relevante en lo que respecta a los animales no humanos.

Asimismo, tampoco podemos encontrar, en general, el mandato constituyente a la creación de organismos públicos con el objetivo de resguardar los intereses de los animales no humanos, ni tampoco una mención expresa a mecanismos judiciales que puedan tutelar estos intereses por la vía jurisdiccional. Existen ciertas excepciones a lo mencionado anteriormente, como en el caso de Bolivia, en que se ordena expresamente a organismos públicos a la observancia de las disposiciones relativas a los animales no humanos. Con todo, sí podemos apreciar países en que la legislación especial crea organismos públicos especializados, como es el caso de Guatemala. En el mismo sentido, tampoco podemos apreciar acciones de rango constitucional establecidas con el objeto de resguardar los derechos e intereses en estudio.

Hasta aquí, podemos ver que la totalidad de los países que han incorporado a los animales en sus constituciones han posteriormente dictado normativa especializada, en particular relativa específicamente al bienestar animal, así como también referida a tipificar delitos en contra de los intereses de los animales no humanos o a endurecer las penas dispuestas para dichos delitos. Por lo tanto, es evidente que la incorporación de los animales en la carta fundamental resulta un gran avance, dado que los principios de protección o de repudio al maltrato animal se pueden concretar en las normas dictadas con posterioridad.

También podemos ver, a la luz del estudio expuesto precedentemente, que existen algunos países más avanzados en el resguardo y defensa de los intereses y derechos de los animales, dado que algunos aún realizan diferencias respecto de aquellos identificados como mascotas o animales de compañía.

Sin embargo, podemos ver que los principios y directrices establecidos en la constitución, efectivamente tienen una función fundamental en dar orden y congruencia al sistema normativo de cada país, dado que posterior a la promulgación de las distintas cartas fundamentales, se dictaron leyes relativas a concretar los ideales ahí plasmados y, muchas veces, ampliarlos. Por ejemplo, en el caso de Guatemala, la constitución solamente mencionaba a los animales pertenecientes a la fauna autóctona del país, pero posteriormente se estableció que todos los animales no humanos serán considerados como seres sintientes, llegando a ser uno de los países más avanzados a este respecto.

Con todo, es menester señalar que aún queda un camino largo de trabajo, “en este mismo ámbito geográfico, se puede concluir, que la principal tarea pendiente consiste en fortalecer los derechos de los animales en los sistemas jurídicos nacionales, lo que implica la descosificación de los animales del derecho” (Fuentes, 2020, p. 93). Ciertamente debemos apuntar a la inclusión de los animales no humanos como sujetos de derecho más que objetos que deban ser protegidos en nuestras constituciones para obtener un sistema legal que resguarde los intereses de los animales de forma integral y óptima. El concepto de sujeto de derecho no posee una definición unívoca, porque ha sido objeto de estudio y, por lo mismo, ha evolucionado a lo largo de los años. Tradicionalmente, se entiende como la “técnica de la ciencia jurídica de nuestros días para designar supremamente a los entes solo a los cuales es posible imputar derechos y obligaciones” (Guzmán, 2002, p.151). Ahora bien, hemos podido apreciar a lo largo de la presente exposición que no solamente resulta aplicable a “entes” que también puedan obligarse, sino también a

aquellos a los que solamente se les puede imputar derechos. “Pero ahí quedó el concepto de sujeto con su latente capacidad para ver ampliado el contenido, como lo estamos viendo en nuestro tiempo a través de todas aquellas teorías que postulan unos derechos de los animales y aun de las cosas o de la naturaleza, lo cual envuelve reconocerles su calidad de sujetos de derechos” (Guzmán, 2002, p. 247).

Por otro lado, no podemos agotar los intereses de los seres sintientes con la sola aceptación de que no deben extinguirse o sufrir maltratos. Es necesario considerar también los intereses de vivir una vida saludable, la protección de sus entornos, de desarrollarse de forma libre y la igualdad entre todos los animales no humanos.

IV. CONCLUSIONES

De lo aquí estudiado, podemos apreciar que, si bien falta un gran camino por recorrer para lograr un apropiado resguardo de los intereses y derechos de los animales en los distintos sistemas jurídicos de América, resulta realmente meritorio la inclusión de ellos en las distintas constituciones nacionales.

Lo anterior porque podemos evidenciar claros avances en la materia una vez que los países deciden incorporar a los animales en la carta fundamental, que muchas veces se traduce en nuevas normas especiales que ayudan a hacer concretos los principios establecidos en la constitución. Dichas normas reconocen los intereses de los animales, crean organismos públicos para velar por la observancia de dichos intereses y establecen delitos referidos a las conductas de quienes contravengan los bienes jurídicos establecidos en favor de los animales no humanos. Todo, siempre a la luz de los principios que son establecidos en la carta fundamental.

Por lo tanto, la inclusión de los animales no humanos en la carta fundamental, si bien muchas veces no resulta ser el punto de partida, es altamente necesario para obtener un sistema normativo coherente y congruente con el respeto de los intereses animales. Por lo mismo, Chile y el resto de los países de América deberían también considerar la inclusión de los animales en su constitución. “La inclusión de los demás animales en la esfera constitucional va más allá de la lucha por el reconocimiento de sus derechos y constituye una invitación a comprender [...] la paz, como fin último del Derecho” (González y Becerra, 2021, p.11).

Ahora bien, la defensa de los derechos de los animales no debe agotarse en la sola inclusión de los animales en las cartas fundamentales, sino que es relevante evaluar el cómo se realiza este reconocimiento. Además, se requiere normativa atingente que pueda aterrizar los ideales plasmados en las constituciones, organismos públicos que tengan el mandato de velar por la observancia de dichas leyes, mecanismos judiciales para poder defender los intereses de los animales y, por su puesto, ciudadanos dispuestos a proteger los derechos de aquellos que no pueden hacerlo por sí solos. Con la suma de todos estos elementos, nosotros, los seres humanos, podremos mejorar nuestra relación con los animales que no forman parte de nuestra especie y finalmente hacer de nuestra tierra un mejor lugar para vivir para todos y cada uno de los animales.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

Arguello, A. (2017). Situación jurídica de los animales de centro américa como seres sintientes (“sentientes beings”), 8(3), *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 1-12. <https://doi.org/10.5565/rev/da.7>.

Botelho, M. y Lopes, M. (2020). Las contradicciones de la legislación animal en Brasil y el estado de San Pablo, 11(1), *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 39-58. <https://doi.org/10.5565/rev/da.470>.

Fuentes, M. (2020). Los derechos de los animales: una aproximación a los Derechos de la Naturaleza en el Ecuador, 11(3), *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 78-97. <https://doi.org/10.5565/rev/da.488>.

González, I., y Becerra, K. (2021). Los demás animales como miembros de la comunidad política: superando el antropocentrismo constitucional a través de la paz como fin del Derecho, 12(3), *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 43-56. <https://doi.org/10.5565/rev/da.587>.

Guzmán, A. (2002). Los orígenes de la noción sujetos de derecho, (24), *Revista de estudios históricos jurídicos*, 151-247. <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552002002400007>.

Figueroa, G. (2010). *Curso de Derecho Civil*. Tomo I. Editorial jurídica de Chile.

Harris, P. (2021). La consagración del animal en derecho constitucional comparado [ficha técnica parlamentaria]. Obtenido de: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/32486/1/Informe.pdf>.

Hernández, M. y Fuentes, V. (2018). La Ley Orgánica de Bienestar Animal (LOBA) en Ecuador: análisis jurídico, 9(3), *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 108-126. <https://doi.org/10.5565/rev/da.587>.

Pincheira, C. (2016). Estatuto jurídico de los animales en la constitución y leyes comparadas: breve compilación del caso latinoamericano, (27), *Derecho y Humanidades*, 95-118.

Sarmiento, J. (2020). La protección a los seres sintientes y la personalización jurídica de la naturaleza aportes desde el constitucionalismo colombiano, 18(2), *Estudios Constitucionales*, 221-264. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002020000200221>.

Valdés, Juan. (2021). Sintiencia animal: necesidad de un reconocimiento jurídico material, y sus implicaciones teóricas y prácticas, 3(12), *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 111-167. <https://doi.org/10.5565/rev/da.575>.

NORMATIVA

1. Bolivia

Constitución de la República Plurinacional de Bolivia

Ley N°700 de 2015
Decreto Supremo N°4889 de 2021

2. Brasil

Constitución de la República Federal de Brasil
Ley N°9.605 de 2018
Ley N°14.064 de 2020

3. Cuba

Constitución de Cuba
Decreto Supremo Decreto Ley N°31 de 2021

4. Chile

Código Penal
Ley N°20.380 de 2009
Ley N°21.020 de 2017

5. Ecuador

Constitución de la República de Ecuador
Código Orgánico Integral Penal

6. Guatemala

Constitución de Guatemala
Decreto N°5 de 2017

7. Panamá

Constitución de Panamá
Ley N°70 de 2012
Ley N°70 de 2017
Ley N°133 de 2020
Ley N°138 de 2020

8. República Dominicana

Constitución de República Dominicana
Ley de Tenencia Responsable y Protección Animal N°248-12 de 2021

Fecha de recepción: 31 de julio de 2022.

Fecha de aceptación: 21 de noviembre de 2022.

Fecha de publicación: 30 de diciembre de 2022.

ADMISIBILIDAD DEL *HABEAS CORPUS* PARA LA PROTECCIÓN DE ANIMALES NO HUMANOS EN EL PROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN

THE USE OF *HABEAS CORPUS* FOR THE PROTECTION OF NONHUMAN ANIMALS IN THE NEW CONSTITUTION PROJECT

CATALINA CASTAÑEDA VALDIVIESO¹

RESUMEN: El presente trabajo busca analizar el estatus jurídico que pretendió otorgar la Convención Constitucional de Chile a los animales no humanos; analizando si esta regulación influiría en la admisibilidad del *habeas corpus* en favor de éstos. Para esto se realizó el análisis de los dos requisitos, que de cumplirse podrían permitir la interposición de esta acción: (1) el reconocimiento del animal no humano como sujeto de derechos y (2) la designación de un representante legal.

PALABRAS CLAVES: *habeas corpus*, animal, constitución, persona, derechos.

ABSTRACT: This work intends to analyze the legal status that the Constitutional Convention of Chile tried to grant to non-human animals; analyzing whether this regulation would influence the admissibility of *habeas corpus* in favor of them. For this, two requirements were analyzed, which if fulfilled could allow the interposition of this action: (1) the recognition of the non-human animal as a subject of rights and (2) the designation of a legal representative.

KEYWORDS: *animal, habeas corpus, constitution, person, rights.*

I. INTRODUCCIÓN

En Chile se vive, actualmente, uno de los procesos democráticos más importantes y participativos de la historia del país: la redacción de una nueva Constitución Política de la República. En un

¹ Licenciada en Ciencias Sociales con mención en Ciencias del Derecho Universidad Adolfo Ibáñez.

principio, dicha misión le fue encomendada a la Convención Constitucional, la cual en virtud de su mandato constitucional, preparó, tras un año de funcionamiento, una propuesta de nueva Constitución que fue presentada, con fecha 4 de julio de 2022, a S.E. Presidente de la República, Sr. Gabriel Boric Font, y a las autoridades del Congreso Nacional y del Poder Judicial, para ser sometida a un plebiscito constitucional. Este plebiscito contó con la participación electoral más grande en la historia de Chile, reuniendo más de 13 millones de votos, de los cuales el 61,86% optó por rechazar la propuesta.

En virtud de los resultados antes mencionados, pero también considerando la amplia mayoría ciudadana que votó, el 25 de octubre de 2020, por aprobar la redacción de una nueva constitución; la mayoría de los partidos políticos, en conjunto con algunos movimientos sociales, suscribieron un acuerdo político que dio continuidad al proceso constituyente ya iniciado. En éste se propone la conformación de un Consejo Constitucional que tendrá por objeto la elaboración de una nueva propuesta de Constitución Política; además de una Comisión Experta que deberá redactar un anteproyecto que servirá de base para la discusión y redacción en el Consejo Constitucional, el cual deberá resolver cuáles de las propuestas normativas aprobará o rechazará, para posteriormente, hacer entrega del nuevo borrador de la propuesta de nueva constitución, siempre bajo el resguardo del Comité Técnico de Admisibilidad. Finalmente y según el itinerario presentado, deberá ser aprobada o rechazada en un plebiscito de salida con voto obligatorio el 26 de noviembre de 2023.

Ante dicho contexto nacional se hace sumamente necesario discutir sobre la regulación y el marco normativo del *habeas corpus* tanto en la constitución vigente como en la propuesta presentada por la Convención Constitucional, ahondando respecto de la forma en que fue abordada en esta última, pues sin lugar a dudas, nos da luces del marco en que se discutirá y regulará el *habeas corpus* en la nueva propuesta constitucional -y su posible aplicación en favor de los animales no humanos-. De esta manera, se abordará la forma en que fue concebida, las deficiencias y aciertos que pudiese haber presentado, entendiendo que es posible que la nueva propuesta se nutra de la anterior.

En particular, en este análisis se pretende examinar la regulación que la propuesta de la Convención Constitucional le dio a los animales no humanos, indagando si dicha regulación permitía eventualmente la interposición de la acción de *habeas corpus* en favor de un animal no humano en favor de estos.

El *habeas corpus* es la principal acción de resguardo a los derechos fundamentales de la libertad personal y la seguridad individual, teniendo una basta historia universal y nacional, en la que constantemente se ha debatido sobre su naturaleza jurídica como también sobre el sujeto activo de la misma. Al respecto, una de las batallas más importantes que se ha llevado a cabo en esta materia trata acerca del reconocimiento del esclavo como persona y no como cosa, siendo el caso del esclavo africano James Somerset ante la Corte de *King's Bench* (CHIBLE, 2017, p. 52) el primero en que se presentó este razonamiento y del cual surge el cuestionamiento al estatus de cosa de los esclavos y la posible ampliación del sujeto activo de dicha acción.

En materia nacional, el *habeas corpus* se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico desde la Constitución de 1833, siendo hoy, después de muchas modificaciones, una acción eficaz y con amplias facilidades de interposición, inserta en el artículo 21 de nuestra Carta Fundamental. Bajo la constitución actualmente vigente en nuestro país no existe mayor discusión sobre la admisibilidad de la acción de *habeas corpus* en favor de un animal no humano, toda vez que contempla como sujeto activo a la persona humana, y por otra parte, porque no se le reconoce al

animal el estatus de persona, no existiendo mención alguna de ellos en la constitución, siendo regulados a través de distintas normas legales dispersas y decretos sanitarios (ZÁRATE, 2020, p. 39.) , entre las cuales se encuentra la Ley N°20.380 sobre Protección de Animales, la Ley N°18.755 que regula al SAG y el artículo 291 bis del Código Penal². A pesar de aquello, recientemente se interpuso la primera acción de *habeas corpus* en favor de un animal no humano, en específico, la Fundación Justicia Interespecie interpuso dicha acción en favor de un orangután, de 28 de años, llamado Sandai, proveniente de Borneo, el cual se encuentra cautivo en el Parque Zoológico Buin Zoo. La acción fue presentada ante la Corte de Apelaciones de San Miguel en contra del SAG y del Buin Zoo, argumentando que se han visto vulnerados sus derechos a la libertad individual desde el año 2014 y solicitando que se le reconozca como persona no humana. Dicho recurso fue rechazado por la Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia que fue apelada ante la Corte Suprema, la cual confirmó lo resuelto y señaló con fecha 10 de agosto de 2022 que “[...] el artículo 19 de la Constitución, refiere que la Constitución asegura a las personas, y de conformidad con lo establecido en el diccionario de la Real Academia Española, persona es todo individuo de la especie humana”. Dicho fallo pareciera ser del todo insuficiente, pues funda su decisión para rechazar el *habeas corpus* en una interpretación gramatical del precepto legal, solventando su fallo en el significado literal que da la Real Academia Española a la palabra “persona”, sin hacer mención ni atender a las múltiples discusiones doctrinarias y teorías que han surgido a lo largo de la historia del derecho.

En este sentido, no debemos olvidar que, como señaló la magistrada Elena Liberatori, dicha discusión es, finalmente, un modo de entender y una forma de categorizar el mundo, que no viene dada por la naturaleza sino que se desarrolla en base a una construcción social, respecto de la cual debemos constantemente cuestionar su origen y razón³ y en ese sentido, es finalmente la norma y la práctica judicial las que irán moldeando y fortaleciendo los límites del reconocimiento de los derechos de los animales no humanos.

Por otra parte, en materia comparada existen sentencias que han trascendido y han marcado un precedente en esta materia, entregando distintos razonamientos efectuados tanto por la corte como por las partes, y que han ido complementando y marcando una pauta sobre estos casos. En esta materia resalta el caso argentino de la orangutana Sandra, como también el caso estadounidense del chimpancé Kiko, en los que se ha debatido sobre el estatus jurídico que ocupa el animal no humano en nuestra sociedad y si, por lo tanto, es admisible la interposición de una acción de *habeas corpus* a su favor.

² Art. 291 bis Código Penal: “*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”.

³ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, N° 4, Expediente N° A2174-2015/o Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros contra GCBA sobre Amparo.

En cuanto a la propuesta constitucional presentada por la Convención Constitucional, si bien se hace mención explícita a los animales no humanos en más de un artículo, no es claro si dichas normas permitirían la interposición de dicha acción en favor de ellos. Al respecto, autores como MARÍA JOSÉ CHIBLE (2017)⁴ y GONZALO FIGUEROA (2007)⁵, entre otros, señalan que los principales obstáculos que impedirían que se posibilite la interposición de dicha acción en favor de los animales no humanos son dos: la falta de reconocimiento del animal no humano como sujeto de derechos y la falta de designación de un representante legal. Por lo que, a lo largo del artículo ahondaremos en dichos requisitos, examinando si se cumplen en la propuesta constitucional.

II. CATEGORIA JURIDICA DEL ANIMAL NO HUMANO

Cuando hablamos de los animales no humanos, la problemática tradicionalmente se centraba en discutir si su estatus era el de persona o cosa (FIGUEROA, 2007, p. 81). En dicho sentido, parte de la postura en contra del reconocimiento del animal no humano como persona y que rechaza la acción de *habeas corpus* en favor de estos, enfatiza que al no tener la capacidad de contraer obligaciones, no pueden tener derechos, pues aquella es una relación recíproca, y así lo determinó en 2014 la Corte Suprema del Estado de Nueva York, argumentando que al no existir dicha reciprocidad, puesto que los animales no humanos no podrían contraer obligaciones morales o legales, no correspondería otorgarles los derechos legales como los relacionadas a la libertad (WEBBER, 2017).⁶

En este mismo sentido, KELSEN entendía la calidad de sujeto de derecho como “la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir, la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos”, clasificación en virtud de la cual distinguía entre hombre y persona (KELSEN, 1934, p. 102).

De acuerdo con lo señalado, el concepto de persona se ha entendido en base a la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones, junto con la posibilidad de ser representados legalmente (PUELMA, 2018 pp. 93-114), por lo que por mucho tiempo se entendió que solo los seres humanos podían naturalmente ser personas o sujetos de derechos. En este sentido, la teoría de la ficción jurídica de Savigny -en materia del reconocimiento de las personas jurídicas- comprende que si bien lo dicho es cierto, el derecho positivo puede modificar aquello por medio de la voluntad (ALESSANDRI ET AL., 1946, p. 365.), argumento que ha sido utilizado igualmente en materia de infancia y de derechos de los animales. Ahora bien, actualmente nuestra legislación entiende que no solo los seres humanos son sujetos de derechos, sino que eleva a dicho estatus también a corporaciones y fundaciones, en cuanto personas jurídicas (artículo 545 del Código Civil). De esta

⁴ En este sentido, CHIBLE señala que “[...] podría buscarse el reconocimiento de ‘persona’ a la luz de los elementos que dicha noción jurídica posee. Ahora bien, concederle dicha categoría nos obliga a enfrentar el mismo problema derivado de la falta de posibilidad de ejercicio de los derechos que esa calificación originan” (CHIBLE, 2017, p. 64).

⁵ Al efecto, FIGUEROA señala que “[...] es precisamente la ausencia de representante legal el elemento fundamental que impide que pueda considerarse a los animales como sujetos de derechos” (FIGUEROA, 2007, p. 84).

⁶ “[U]nlike human beings, chimpanzees cannot bear any legal duties, submit to societal responsibilities or be held legally accountable for their actions. In our view, it is this incapability to bear any legal responsibilities and societal duties that renders it inappropriate to confer upon chimpanzees the legal rights – such as the fundamental right to liberty protected by the writ of *habeas corpus* – that have been afforded to human beings”. (WEBBER, 2017, p. 4).

forma, la discusión en torno al concepto de persona es un debate en constante evolución y que finalmente queda a disposición de lo que señale la ley.

En un lineamiento intermedio, existe la postura según la cual es posible reconocerle al animal humano la categoría de sujeto de derecho mientras sean protegidos sus intereses a través de derechos subjetivos, lo cual dependerá de que se le reconozca como ser sintiente (MAÑALICH, 2021, p. 32-39). Un ejemplo de esta categoría intermedia, se sigue de la legislación francesa⁷ que reconoce al animal como un ser sintiente, de modo que si bien no le asigna la categoría de persona, lo aleja del estatus de cosa (CHIBLE, 2017, p. 63).

CHIBLE expone que uno de los caminos posibles para discutir el estatus jurídico del animal es “plantear al animal como otra creación ficta de nuestro ordenamiento jurídico, que deja de ser cosa y busca ocupar un lugar en el cual sea sujeto de derechos, en mayor o menor medida” (CHIBLE, 2017, p. 63). En este sentido, podría interpretarse que éste fue el camino elegido por la Convención Constitucional, toda vez que categoriza al animal como un “sujeto de especial protección”, reconociendo su sintiencia y el derecho a vivir una vida libre de maltrato, acepción que si bien no especifica las implicancias y el alcance de lo que entiende por “sujeto de especial protección”, sin duda es una categoría que le reconoce al animal no humano la capacidad de ser sujetos de ciertos derechos (artículos 131 y 98 de la propuesta constitucional). En consecuencia, el estatus jurídico que planteaba dicha propuesta alejaba completamente al animal no humano de la concepción de cosa, y le otorgaba la categoría de ser sintiente, sujeto de ciertos derechos.

En este sentido el artículo 131 de la propuesta constitucional señalaba lo siguiente:

Art. 131. Los animales son sujetos de especial protección. El estado los protegerá, reconociendo su sintiencia y el derecho a vivir una vida libre de maltrato.

Ahora, si bien es una norma que en principio pareciera entablar suelo firme en favor de la protección y garantía de los derechos de los animales no humanos, la experiencia de legislaciones comparadas nos muestra la importancia del robustecimiento posterior que tiene que construirse a nivel legislativo y de política pública para generar el cambio de paradigma respecto de la relación de la sociedad con los animales no humanos.

Un claro ejemplo de esto es el caso de Colombia, en donde se les reconoció a los animales la categoría de seres sintientes y de especial protección a través de la Ley N°1774, pero que sin embargo tuvo una incidencia práctica completamente incipiente. A este respecto, se ha señalado que: “[...] este reconocimiento no permite constituir a los animales como sujetos de derechos con capacidad de goce y ejercicio en tanto que su concepción al interior del ordenamiento aún sigue comprendiéndose como bienes, los cuales son seres sintientes. Por tanto, el reconocimiento que le ha otorgado el ordenamiento colombiano a los animales establece de manera muy precaria los cimientos de lo que en un futuro podría constituirse como la subjetividad jurídica animal, la cual haría parte de las especies de la categoría de sujeto de derechos, al igual que lo es en este momento el concepto de persona” (HERRERA, 2018, p. 60). Similar de aquello resulta la concepción que nuestro Código Civil tiene respecto de los animales no humanos, en donde se les concibe como cosa corporal y semoviente, según lo dispuesto en su artículo 565. No obstante, alentador resulta el proyecto de ley Boletín N°14.993-12, que busca modificar el estatus jurídico que le otorga el Código Civil a los animales, reconociéndolos como seres sintientes.

⁷ Ley N° 76-629 del 10 de julio de 1976 relativa a la protección de la naturaleza.

Otra posible lectura respecto de la categoría jurídica que se le otorga a los animales no humanos está dada por lo que se entiende por “naturaleza” en la propuesta constitucional. Sin embargo, dicha interpretación no puede extraerse directamente de una norma específica, toda vez que no se establece expresamente qué se entiende, qué integra o qué compone la naturaleza, y en ese sentido, existen diversas posibles interpretaciones. Una de estas sería entender que dentro de lo que se entiende por “naturaleza” se encuentran incluidos los animales no humanos, pues la estructura misma de la propuesta del texto constitucional inserta a los animales dentro del Capítulo III que regula a la naturaleza, argumento que de todas formas es endeble pues el artículo 98 del mismo texto categoriza en forma separada al animal de la naturaleza, no quedando claro si aquello se sigue realmente de la estructura de la propuesta constitucional o si bien es algo que no se tomó en cuenta a la hora de su redacción. Ahora bien, si analizamos legislaciones comparadas en que se han reconocido los derechos de la naturaleza y se ha entendido que dentro de aquella se encuentra el animal no humano -como es el caso, Ecuador⁸, Bolivia⁹ y Colombia¹⁰-, debiésemos de cierta forma entender que la intención de la Convención Constitucional fue también la de incluir a los animales no humanos dentro de dicha categoría. Finalmente, no está de más señalar que actualmente a nivel nacional, la Ley N°20.380 en su artículo primero comprende a los animales como parte de la naturaleza. Posturas en contraposición sostienen que debe considerarse al animal no humano como seres individuales con derechos propios (FIMA 2022, p. 5). Por otra parte, de entenderse que el animal no humano formaría parte de la naturaleza, no se esclarecía si aquello incluía tanto al animal silvestre como al de compañía, o si hubiese que distinguir. En dicho sentido, aquello resulta interesante a tener en mira para el proceso de redacción de la nueva constitución.

Si analizamos a nivel comparado el caso de Ecuador, el reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza fue “un cambio significativo concebir la naturaleza no únicamente como la suma de una serie de recursos más o menos útiles para ser explotados, sino también como ciclos vitales independientes e interdependientes. En esta Constitución la naturaleza resulta ser una especie de soberano silencioso, junto con los ciudadanos y las colectividades” (BARIÉ, 2014, p. 27). En este mismo sentido, si bien la propuesta constitucional presentada por la Convención Constitucional no profundizó en aquello será interesante ver si se abordará en ese nivel de profundidad para la nueva redacción, reconociendo a la naturaleza como un conjunto, pero a la vez la individualidad de las distintas especies o recursos que la conforman.

Dicha concepción es relevante por dos razones, la primera porque entender a los animales no humanos como sujetos con individualidad propia es una condición necesaria para la admisibilidad del *habeas corpus*, en el entendido de que dicha acción es eminentemente individual, y no colectiva. Esto se desprende no solo de su significado en latín “eres dueño de tu cuerpo” (VERDUGO, 2001, p. 437), sino también, del hecho de que es entendida como la principal acción de resguardo de la libertad individual (CHIBLE, 2016, p. 39). La segunda razón, va ligada al hecho de que al incluir a los animales no humanos dentro de lo que comprendemos por naturaleza les habría permitido ser representados por la Defensoría de la Naturaleza, organismo propuesto por la Convención

⁸ Constitución Política de la República del Ecuador (2008), Título II, Capítulo Séptimo, Artículos 71- 74.

⁹ Ley de los Derechos de la Madre Tierra del Estado Plurinacional de Bolivia (2010)

¹⁰ Se ha reconocido como sujeto de derechos al río Altrato a través de la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (T-622 de 2016) y derechos a los ecosistemas de la Amazonía a través de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (STC 4360/2018).

Constitucional que, como veremos más adelante, habría posibilitado concretar el ejercicio de la acción del *habeas corpus*.

Contrario a lo recién planteado, resulta interesante una sentencia emitida en Argentina pronunciada por el juez federal Oscar Garzón, en donde se acogió la acción de *habeas corpus* a favor de catorce toninas overas que estaban siendo cazadas y exportadas con autorización de la autoridad administrativa.¹¹ En algún sentido, se concibió la posibilidad de ejercer la acción en favor de un grupo de animales no humanos, y no necesaria y exclusivamente en favor de solo un animal no humano, entendiendo que forman una individualidad cuando es un grupo perteneciente a una especie la que ve en peligro su libertad o seguridad individual.

Dicha discusión es importante, pues de entender que el animal no humano forma parte de la naturaleza en la propuesta de la Convención Constitucional, se generaban dos implicancias directas: por un lado, la reafirmación de su estatus de sujeto de derechos y, por otra parte, la asignación de representación legal.

III. REPRESENTANTE LEGAL

De esta forma, como vimos anteriormente, el segundo argumento en contra de la admisibilidad de la acción de *habeas corpus* en favor del animal no humano va ligado a la ausencia de un representante legal que pudiese defender sus intereses, toda vez que, de reconocerles la categoría de sujetos de derechos queda la interrogante respecto a cómo y quién los ejercerá (FIGUEROA, 2006, p. 81).

Aquello, como señala MAÑALICH, es asimilable al cambio de paradigma y nuevo sistema integral que se generó en materia de infancia en nuestro país, en donde se le dejó de ver a los niños, niñas y adolescentes (NNA) como objeto de protección y se les reconoció como sujetos de especial protección (MAÑALICH, 2021), fortaleciendo el marco normativo que regulaba la infancia, a través de- entre otras medidas- la creación de la Defensoría de la Niñez, que cumple la misión institucional de difundir, promover y proteger los derechos de los NNA, a través, por ejemplo, de la interposición de querrelas o acciones en favor de ellos (DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ, 2022), entendiendo que es necesario que un órgano autónomo vele por sus intereses y derechos, pues muchas veces estos no son compatibles con los de sus padres o tutores.

Al respecto, es de suma importancia estudiar la Defensoría de la Naturaleza, órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio que habría tenido como objetivo la protección de los derechos de la naturaleza y los derechos ambientales (artículo 148). Cabe señalar que dicho órgano se encontraba regulado en el capítulo III “Naturaleza y Medioambiente” de la propuesta constitucional. En dicho capítulo se pretendía regular diversos temas relacionados a la naturaleza, como los bienes naturales comunes, el agua, los animales no humanos, entre otros, cerrando el capítulo con la incorporación del órgano en comento. Dependiendo de si entendemos que los animales no humanos integran la naturaleza o no, se define si la Defensoría contaría con las atribuciones para defenderlos; punto clave en el que nos abocaremos a continuación.

¹¹ Sentencia del Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Contencioso-administrativo, Expediente N° 475/83, Argentina, Kattan, Alberto E. y otro c/ Gobierno Nacional -Poder Ejecutivo, La Ley 1983-D, 576.

Para que la Defensoría pudiese defender a los animales no humanos, debiese entenderse que estos forman parte de la naturaleza según lo establecido en la propuesta de constitución, lo cual, como señalamos anteriormente, es controvertible, pues no existe en la misma una definición sobre qué debemos entender por aquella y, teniendo a la vista que el concepto de naturaleza es una categoría jurídica y una concepción social, esta se encontraría sujeta a interpretación.

Por otra parte, en el artículo 149 de la propuesta se pretendían establecer las atribuciones de la Defensoría de la Naturaleza, señalándose en la letra d) que podrá: “deducir acciones constitucionales y legales cuando se vulneren derechos ambientales y de la naturaleza”. De aquello se desprende que dicho órgano contaría con la competencia de representar a todos aquellos sujetos de derechos que forman parte del Capítulo de Naturaleza y Medioambiente, para efectos de la interposición de las acciones constitucionales establecidas en la misma (reguladas en los artículos 119 a 122), de las cuales -por lógica- le son aplicables a los animales no humanos el recurso de protección y el *habeas corpus*. En el caso del recurso de protección se establecen una serie de detalles y limitaciones acerca de su interposición, dentro de las cuales cabe recalcar que dicha acción, tratándose de derechos de la naturaleza podrá ejercerse tanto por la Defensoría de la Naturaleza como cualquier persona o grupo (artículo 119 N°8). Sin embargo, en la regulación del *habeas corpus* no se efectúan ese tipo de limitaciones, por lo que podría entenderse que, de cumplirse con los dos elementos o requisitos analizados en este artículo, -es decir, ser sujeto de derecho y tener representación legal-, dicha acción podría haber sido admisible en favor de un animal no humano.

IV. CONCLUSIÓN

Finalmente, es importante comprender la importancia que tiene el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, pues nos aleja de la mirada antropocentrista de nuestra relación con la naturaleza y el ambiente. En este sentido, NATALIA GREENE y GABRIELA MUÑOZ sostuvieron que “[a]l dotar de derechos a la naturaleza se establece por primera vez una concepción jurídica biocentrista de la relación hombre-naturaleza y, por tanto, un cambio radical en la concepción del paradigma del desarrollo tradicional, basado en la explotación de la naturaleza al servicio humano, sin cuestionar el efecto directo que se genera contra la naturaleza. Más aún, el reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza implicará necesariamente cuestionar conductas hasta ahora usuales y aceptadas en función de una visión antropocéntrica” (GREENE Y MUÑOZ, 2013, p. 24). En esta misma de pensamiento, ARIAS ha señalado que: “[e]l hombre para vivir y sobrevivir, ha introducido un conjunto amplio de leyes, convenciones, reglas y significados, los cuales otorgan unos elementos comunes que buscan la realización y el orden de nuestra sociedad, es precisamente en esta en donde el hombre proclama su poder y sus avances científicos, los cuales considera indudablemente universales. Dicho antropocentrismo singular hace que el hombre dude al preguntarse por la pertinencia de su responsabilidad en el cuidado y protección de los animales no humanos” (ARIAS, 2016, p. 46). Y desde este prisma, surge la necesidad de ir resolviendo las interrogantes que pueden surgir al respecto de cómo se llevará a la práctica la defensa de los animales no humanos, específicamente, cuáles debiesen ser las limitaciones del ejercicio de dicho derecho y los lineamientos que surgirían de una nueva forma de relacionarnos con los mismos.

En este sentido, la propuesta presentada por la Convención Constitucional pareciese haber apuntado en la dirección correcta al abrirse a regular los derechos de los animales no humanos, la que si bien es perfectible, se presenta como un valioso insumo para el futuro Consejo

Constitucional para que se modifique la relación que tiene nuestra sociedad con los animales no humanos, generándose un cambio de paradigma.

A todas luces el debate constitucional es una oportunidad para generar cambios importantes en esta materia y avanzar hacia un constructo social más justo y biocentrista, acorde con los estándares de la sociedad actual.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

Alessandri, A., Somarriva, M. y Vodanovich, Ar. (1946). *Derecho Civil. Parte General y Personas. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Arias, D. (2016). Entre el anti-especismo y el derecho de los animales. (Aproximaciones para una fundamentación filosófica). *Principia Iuris*, 13(25), 43-54

Barié, C. (2014). Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los Derechos de la Naturaleza. Latinoamérica. *Revista de estudios Latinoamericanos*, 59, 9-40.

Biblioteca del Congreso Nacional. (27 de 07 de 2022). *Plebiscito 2020*. Obtenido de: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/plebiscito2020>

Chible, M. J. (2016). Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho. *Revista Ius et Praxis*, 22(2), 373 - 414.

Chible, M. J. (2017). La Protección del animal no humano a través del Habeas Corpus. *Derecho y Humanidades*, (26), 37-67.

Corral, H. (2007). *Estudios de Derecho Civil II, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Santiago: Lexis Nexis.

Defensoría de la Niñez (26 de 07 de 2022). *Qué es la defensoría de la niñez*. Obtenido de: <https://www.defensorianinez.cl/home-adulto/que-es-la-defensoria-de-la-ninez/>

Figueroa, G. (2007). Los Animales: ¿En trayecto desde el estado de cosa hasta el estado de persona? En H. Corral y M. Rodríguez (Coord.), *Estudios de Derecho Civil II. Código Civil y principios generales: Nuevos problemas, nuevas soluciones*. Santiago: LexisNexis.

FIMA (2022). *Hacia una Constitución Ecológica: Derechos de la Naturaleza en la Nueva Constitución* [en línea]. Obtenido de FIMA: <https://www.fima.cl/wp-content/uploads/2022/01/informe-derechos-de-la-naturaleza-1.pdf>

Greene, N. y Muñoz, G. (2013). *Los Derechos de la Naturaleza, son mis Derechos. Manual para el tratamiento de conflictos socioambientales bajo el nuevo marco de derechos constitucionales*. Quito: Programa de Pequeñas Donaciones, FMAM, PNUD.

Herrera B. (2018). Derechos de los animales: la legislación nacional interna como barrera legal para el reconocimiento de la subjetividad jurídica animal. *Via inveniendi et iudicandi*, 13(1), 55-94

Kelsen, H. (1934[2009]). *Teoría pura del derecho*. (4ª ed. 9ª reimp.). Buenos Aires: Eudeba.

Mañalich, J. P. (2021). Derechos Para Los Animales (No Humanos): Una Defensa. *Revista Chilena De Derecho Animal*, (2), 32-39.

Puelma, A. L. (2018). El concepto de persona y su papel en nuestro sistema legal. Análisis crítico del fallo del tribunal constitucional que declaró la constitucionalidad de la ley que despenalizó el aborto en tres causales. *Revista Jurídica Digital UANDES*, 2(2), 93-114.

Webber, J. (2017). *Matter of Nonhuman Rights Project, Inc. v Lavery*. NY Slip Op 04574

Zárate, C. I. (2020). *Un Nuevo Estatus Jurídico Para Los Animales No Humanos* [Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile]. Obtenido de: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/176822>

JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-622 de 2016.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, STC 4360/2018.

Sentencia del Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Contencioso-administrativo, Expediente N° 475/83, Argentina, Kattan, Alberto E. y otro c/ Gobierno Nacional -Poder Ejecutivo, La Ley 1983-D, 576.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, N° 4, Expediente N° A2174-2015/0 Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros contra GCBA sobre Amparo.

Fecha de recepción: 2 de agosto de 2022.

Fecha de aceptación: 21 de noviembre de 2022.

Fecha de publicación: 30 de diciembre de 2022.

ANÁLISIS DEL CASO SANDRA Y DE LAS CONSECUENCIAS DEL CAUTIVERIO EN ANIMALES SILVESTRES.

STUDY ABOUT THE CASE OF SANDRA, THE ORANGUTAN AND THE CONSEQUENCES OF CAPTIVITY IN WILD ANIMALS

ELENA LIBERATORI¹

NOELIA VILLARINO²

MARIA JOSÉ FERNANDEZ³

MARÍA LUCÍA GUAIMAS⁴

JUAN MARTIN MIRALDO⁵

RESUMEN: En el presente artículo abordaremos en primer lugar, los antecedentes del habeas corpus y la sentencia en caso de la orangutana Sandra, para posteriormente analizar los argumentos más relevantes de la misma y su influencia respecto de diversos avances normativos y jurisprudenciales en Argentina y a nivel internacional para el Derecho Animal. Por último, abordaremos las consecuencias del cautiverio en animales silvestres.

PALABRAS CLAVES: Caso Sandra, amparo, Sujeto no-humano, Persona no-humana, cautiverio. animales silvestres.

ABSTRACT: In this article we will first discuss the history of the habeas corpus and the sentence in the case of the orangutan Sandra, and then analyze the most relevant arguments of the sentence and its influence on various regulatory and jurisprudential Animal Law's developments in Argentina and the world. Finally, we will address the consequences of captivity in wild animals.

KEY WORDS: Orangutan Sandra Case, amparo, Non-human subject, Non-human person, captivity, wild animals.

¹ Abogada de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Especializada en Derecho Administrativo. Titular en el Juzgado de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, eliberatori@jusbaire.gov.ar

² Abogada de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Secretaria en el Juzgado de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, nvillarino@jusbaire.gov.ar

³ Abogada de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Especializada en Derecho Administrativo. Diplomada en Derecho Animal. Prosecretaria Coadyuvante en el Juzgado de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, majfernanadez@jusbaire.gov.ar

⁴ Licenciada y profesora en Antropología por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Prosecretaria Coadyuvante en el Juzgado de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, iguaimas@jusbaire.gov.ar

⁵ Oficial de la Unidad Jueza en el Juzgado de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, jmiraldo@jusbaire.gov.ar

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, la jueza Elena Liberatori junto al Equipo Judicial Sandra, integrado por profesionales que estuvieron a cargo de la tramitación de la causa de la “orangutana Sandra”⁶, hasta el dictado de su sentencia y la ejecución de la misma, nos proponemos expresar algunas consideraciones y reflexiones que hemos elaborado a partir de nuestra experiencia, en el citado caso.

La orangutana Sandra, nació en cautiverio en Alemania, luego fue trasladada al zoológico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde paso gran parte de su vida, hasta que en el año 2015 un grupo de abogados inició un amparo, y luego de tramitado el proceso, la Jueza Liberatori dictó sentencia haciendo lugar al amparo, reconociendo a Sandra como un sujeto de derecho, y la consecuente obligación legal y moral de respeto a la dignidad de la vida. Lo que luego posibilitó su traslado a un santuario, el Center For Great Apes en Florida, Estados Unidos.

Consideramos que los animales no humanos (o los demás animales como se les suele denominar) pueden ser considerados titulares de algunos derechos básicos que les son inherentes, como el derecho a la libertad ambulatoria, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. En suma, afirmamos que los animales sí pueden ser considerados “sujetos de derecho” y que ello es posible aún ante la ausencia o insuficiencia de la normativa nacional.

Desde el 2015, cuando se resolvió que la orangutana Sandra era titular de derechos y que debía ser trasladada a un hábitat que pudiera garantizarle una vida digna, venimos trabajando intensamente en cuestiones de Derecho Animal, encarando incluso un proceso de deconstrucción y transformación con relación al vínculo de los seres humanos con los demás animales.

El trámite del expediente judicial nos brindó la posibilidad de ser conscientes de lo que el cautiverio en los zoológicos implica para los demás animales y conocer el sufrimiento que implica el encierro permanente, más allá de los cuidados que los animales puedan recibir por parte del personal en estos lugares.

II. ANTECEDENTES DEL CASO SANDRA

La orangutana Sandra nació el 14 de febrero de 1986 en el zoológico de Rostock, en Alemania. Con nueve años, fue donada por un empresario argentino al zoológico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (actualmente reconvertido en Ecoparque). Allí tuvo una cría de nombre Shembira con un compañero temporal de un zoológico de la provincia de Córdoba, la cual luego fue vendida a otro zoológico. La orangutana Sandra permaneció sola desde entonces y fue el único animal de su especie en Argentina, hasta que el 26 de septiembre de 2019, con 33 años de edad, se logró su traslado al Santuario Center For Great Apes fundado en el año 1997 por Patti Ragan, en Wauchula, Florida, Estados Unidos, en el marco de la etapa procesal de ejecución de sentencia dictada en el amparo judicial que seguidamente mencionaremos.

6 Juzgado N° 4 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, EXPTE. A2174-2015/0 “Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros contra GCBA sobre Amparo”.

La causa del amparo de Sandra se inicia en marzo de 2015, cuando la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA) y el Dr. Andrés Gil Domínguez, en representación de la orangutana Sandra, acudieron al tribunal y presentaron la acción contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y el Jardín Zoológico de la Ciudad de Buenos Aires dependiente del mismo. Esta acción, prevista en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, es una vía rápida, expedita y gratuita para la protección de los derechos fundamentales.

Los representantes de Sandra entendían que, con ocasión de su cautiverio en el zoológico, se estaba conculcando el derecho a su libertad y su derecho a no ser considerada un objeto o cosa susceptible de propiedad, así como también su derecho a no sufrir ningún daño físico o psíquico.

Efectuada la ponderación de las pruebas e informes del expediente producidos en el marco del proceso, con fecha 21 de octubre de 2015, la jueza Elena Liberatori dictó la sentencia, resolviendo hacer lugar a la acción de amparo promovida por los actores (AFADA y Gil Dominguez) y reconociendo a la orangutana Sandra como un sujeto de derecho.

Dicha resolución judicial se transformó en el primer precedente en Argentina y en el mundo, en el cual un animal fue liberado producto de una acción de habeas corpus, junto con ser reconocido como sujeto de derecho. Además, la sentencia hizo un análisis profundo de la clasificación legal de los animales como cosas, desde la perspectiva sociológica, filosófica y antropológica del caso.

Una vez que la sentencia estuvo firme, comenzó el proceso de ejecución de la misma, en el cual se tomaron en cuenta los informes y dictámenes realizados por biólogos, etólogos y médicos veterinarios de Universidades Nacionales de La Plata y Buenos Aires, los cuales permitieron dar cuenta del estado general de Sandra, la viabilidad de su traslado y la evaluación de cuál era el mejor lugar de destino para ella, lográndose finalmente su salida del zoológico de Buenos Aires hacia el santuario de orangutanes y chimpancés Center For Great Apes en Florida Estados Unidos.

III. ARGUMENTOS MÁS IMPORTANTES DE LA SENTENCIA

La sentencia del caso de la orangutana Sandra tomó el término "persona no humana", para referirse a ella, siguiendo al jurista y sociólogo italiano Valerio Pocar (2013) y también la doctrina de Zaffaroni (2011), quien en su libro "La Pachamama y El Humano", después de enunciar por su nombre a sus perros, se pregunta si acaso se puede dudar que estos no tuvieren ningún derecho.

Dicha sentencia se funda en una interpretación de las normas penales existentes en el país, específicamente, la Ley N°14.346 del año 1954 que Establece Penas para las Personas que Maltraten o Hagan Víctimas de Actos de Crueldad a los Animales, de la cual se sigue que el interés jurídicamente protegido por ella no es la propiedad de una persona humana o jurídica sobre los animales, sino que son los animales en sí mismos como titulares de derechos frente a ciertas conductas humanas, de lo cual se sigue la obligación legal y moral de respeto a la dignidad de su vida. Por desgracia, es frecuente atribuir en base a la afirmación de que los animales tienen derechos, de que se tratarían entonces de los mismos derechos humanos. Por supuesto, aquello no es más que una errada analogía.

La sentencia del "Caso Sandra" establece una visión deconstructiva y antiespecista, en virtud de la cual la cuestión de los derechos de los "demás animales" significa precisamente afrontar el nudo crucial de los derechos humanos, conforme lo sostiene Valerio Pocar (2013).

Cabe decir que en enero de 2015, unos meses antes que se iniciara el "Caso Sandra", se consagró la novedosa categorización de los animales como "seres sintientes" introducida en el Código Civil de Francia. Son circunstancias como estas las que sirven para darnos cuenta de cómo la sociedad construye los modos de clasificar, cómo estos responden a un momento histórico particular y, desde luego, a ciertos intereses, prevaleciendo los económicos.

Por eso, en la sentencia en comento se analizó que todo modo de clasificar y categorizar el mundo es una construcción social y que dichos modos de clasificación responden a una manera particular de apropiarse de la realidad. Por lo tanto, lejos de ser "naturales" y estáticas, las categorías son esencialmente dinámicas y cambiantes según el contexto social que las han producido. Las modificaciones que puedan sufrir determinadas categorías a lo largo de un período socio-histórico, y el hecho de que una misma categoría pueda ser conceptualizada de diferente manera en un mismo período por diferentes sociedades o grupos sociales, son signos precisamente del carácter social de las mismas.

Se dijo expresamente, sobre la base de lo aportado por la antropóloga Lucía Guaimas (2015) del "Equipo Judicial Sandra"⁷, que el Derecho, como toda categoría y modo de clasificar y ordenar la vida cotidiana, es una construcción social. Por lo tanto, partiendo de esa base, es la sociedad la que determina en cada época quienes deben ser los beneficiarios de ciertos derechos y quienes no. En este sentido, la titularidad de los derechos es un aspecto que puede ser modificado y, de hecho, así viene sucediendo tanto en procesos legislativos como jurisprudenciales.

De esta manera, entender y darse cuenta de que los modos de categorizar y de clasificar encierran relaciones de poder específicas, que a su vez pueden provocar relaciones de desigualdad, dominación y sometimiento de seres vivientes, nos permitirá la posibilidad de cambiar ciertos modos de ver y actuar sobre nuestra vida cotidiana y sobre la vida de los otros humanos y de los animales no humanos.

Con respecto pues, a la cuestión de los animales como sujetos de derecho, en la sentencia del caso Sandra también se hizo referencia a los textos constitucionales de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), por el hecho de que, en ellos, al ser reconocida la "Naturaleza" como sujeto de derechos, entendemos que todo ser viviente tiene derechos. Al respecto, cabe decir que, en Ecuador, a comienzos del año 2022, la Corte Constitucional, en el caso de la mona chorongó Estrellita, estableció de modo vinculante que, en efecto, ese reconocimiento jurídico constitucional incluye a los animales no humanos. En este sentido, ningún tribunal ecuatoriano podrá controvertir la decisión judicial respecto de que la protección constitucional de la naturaleza comprende a los animales no humanos⁸.

⁷ Equipo conformado por los profesionales judiciales que tuvieron a su cargo la resolución del caso de Sandra, autores del presente artículo.

⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia Nro. 253-20-JH/22 (Derechos de la Naturaleza y animales como sujetos de derechos), Caso "Mona Estrellita".

Lo cierto es que la categoría jurídica de sujeto de derecho, y por ende titular de protección y respeto, ha sido extendida a través de diversos fallos judiciales. Por ejemplo, existe jurisprudencia referida a la protección de más de cuatro ríos, siendo pionera la sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia con relación al río Atrato, en el Departamento del Chocó⁹.

Valerio Pocar admite con pesimismo que los deberes de los humanos hacia los animales están lejos de ser lo suficientemente amplios para fundar tal reconocimiento desde el punto de vista jurídico. “A pesar de que la difusión de las opiniones favorables a tal reconocimiento parece creciente, la hipoteca de la concesión antropocéntrica de la naturaleza [...] es muy fuerte y conduce a resolver los conflictos de intereses entre humanos y animales en favor de los primeros y en desmedro de los segundos” (Pocar, 2013, p. 65) al punto de que, como lo sostiene este autor, nos hallamos ante una verdadera “incongruencia ética” en el ordenamiento jurídico.

Darnos cuenta así, que estamos ante categorizaciones que pueden ser cambiadas, va de la mano con el concepto que el filósofo Jacques Derrida desarrolló ya en los años setenta, es decir, la noción de deconstrucción (Sztajnszrajber, 2018). Sostiene que no hay nada por fuera del texto, es decir, que todo está mediado por el lenguaje, por lo tanto, es una construcción humana: nada hay fuera del texto, y si lo hay, no puede ser nada para las formas de conocimiento nuestras. Por lo tanto, todo el sistema de derecho es deconstruible y se deconstruye cuando mostramos sus intereses, decisiones y arbitrariedades. La deconstrucción no es destruir, como aclara el filósofo argentino Darío Sztajnszrajber (2018), es visibilizar y poner en cuestión las verdades que nos rodean, porque somos el producto de historias y culturas que nos construyen desde antes de nacer. Asumir la mirada de la deconstrucción es asumir el desafío de dejar de lado todo lo que hasta hoy nos ensimisma, es decir, todo eso que nos hizo ser nosotros mismos, para poder ver más allá, detrás de lo que no se nos muestra o no se nos dice.

También es oportuno advertir que existen categorizaciones intermedias con relación a los animales, que van desde sujeto de derecho -como postulamos- a cosas, como actualmente los categoriza, por ejemplo, el Código Civil argentino.

Por ejemplo, en países como Alemania, Austria y Suiza se ha incorporado la categoría intermedia de “no cosas”, dejando de ser considerados como bienes muebles; por su parte, en países como Francia, Portugal y España se han utilizado fórmulas como “seres sintientes” o “seres vivos dotados de sensibilidad”, que establecen una diferencia más enfática de éstos con relación a los bienes, lo cual no impide que les sea aplicable el régimen de los bienes de forma supletoria. Además de estos avances a nivel comparado, existe una propuesta teórica reivindicada por la denominada “Declaración de Toulon” (2019) en la Universidad de Toulon, Francia, que propone conceder personalidad legal a los animales en cuanto personas no humanas, concepto con el cual fuimos pioneros en nuestra sentencia del año 2015, en que establecimos que Sandra es una persona no humana, en base al concepto del jurista y sociólogo italiano Valerio Pocar (2013).

Estos avances a nivel normativo responden a lo que ha sido sostenido por la comunidad científica en numerosos estudios y proclamado públicamente en la Declaración sobre la Conciencia en los Animales No Humanos, el 7 de julio de 2012 en el Churchill College de la Universidad de

⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16, Caso de comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato y manifiestan afectaciones a la salud como consecuencia de las actividades mineras ilegales.

Cambridge, Reino Unido, la cual fue firmada por los participantes de la señalada conferencia, entre ellos, Philip Low, David Edelman y Christof Koch, en presencia de Stephen Hawking (2012).

Este manifiesto señala: “Declaramos lo siguiente: La ausencia de un neocórtex no parece prevenir que un organismo experimente estados afectivos. La evidencia convergente indica que los animales no humanos poseen los substratos neuroanatómicos, neuroquímicos y neurofisiológicos de estados conscientes, así como la capacidad de exhibir comportamientos deliberados. Por consiguiente, el peso de la evidencia indica que los seres humanos no son los únicos que poseen los substratos neurológicos necesarios para generar conciencia. Animales no humanos, incluyendo todos los mamíferos y pájaros, y muchas otras criaturas, incluyendo los pulpos, también poseen estos substratos neurológicos” (Low et al., 2012).

El sistema nervioso central es lo que nos hace capaces de sentir, ser conscientes y tener voluntad propia. Está demostrado que los demás animales, como seres sintientes, son sujetos conscientes y es por ello que, como humanos, tenemos el deber ético de extender el respeto y protección a la vida de los demás animales.

El reconocimiento de Sandra como una persona no humana y, por ende, sujeto de derechos, junto con las correlativas obligaciones hacia ella por parte de las personas humanas, en cuanto al respeto a la vida y a su dignidad de “ser sintiente”, generó la obligación por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires de garantizarle la mayor calidad de vida posible, tendiendo a evitar cualquier tipo de sufrimiento que le sea generado por la injerencia del hombre a su vida.

IV. AVANCES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHO ANIMAL

Con posterioridad a la dictación de la sentencia del caso Sandra, fueron apareciendo muchos avances en materia de reconocimientos a los derechos de los demás animales, tanto a nivel jurisprudencial como de proyectos normativos. A continuación, nos proponemos a mencionar algunos de los más relevantes.

En primer lugar, en Chile en el marco del proceso constituyente impulsado tras las movilizaciones de octubre de 2019, fue aprobado con fecha 25 de marzo de 2022 en el pleno de la Convención Constitucional el artículo 23, que proyectaba declarar a los animales “sujetos de especial protección”, estableciendo que el Estado “[...] los protegerá, reconociendo su sintiencia y el derecho a vivir una vida libre de maltrato”¹⁰. Asimismo, se establece la obligación del estado y sus organismos de promover una educación basada en la empatía y en el respeto hacia los animales. Sin embargo, la propuesta de constitución fue posteriormente rechazada mediante un plebiscito realizado en septiembre de 2022.

Por otro lado, cabe mencionar la sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, en el caso del león Kivú¹¹ (resolución N°01754-2021), donde en el punto IX del fallo los jueces señalan que “en la

¹⁰ Artículo 23 del Proyecto Constitucional de Chile de 2022.

¹¹ El león Kivú llegó en 1998 a Costa Rica, procedente del Zoológico de la Habana, Cuba, con diez meses de edad y estuvo bajo el cuidado de Fundazoo desde ese momento. Se encontraba en una jaula de aproximadamente setenta metros en el

sentencia en estudio, a nivel mundial, se puede encontrar que el sistema jurídico ha ido evolucionando en lo que respecta a la naturaleza y el bienestar de los animales para establecer, de diversas formas, la responsabilidad de los seres humanos de promover, procurar y ejecutar la protección del ambiente y dentro de ella a los animales. Así, se evidencia, por ejemplo, en diversos instrumentos internacionales tales como los Convenios Europeos para la Protección de los Animales, la Declaración Universal de los Derechos de los Animales¹², el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano. En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante la Opinión Consultiva OC-23-17 de 15 de noviembre de 2017, refiriéndose a las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, dispuso: [...] «Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como salud, la vida o la integridad personal, sino por importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica, y por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales»¹³.

A continuación, la Corte Suprema pasa a ejemplificar los países alrededor del mundo que han emitido normativa en la que se contempla y reconoce a los animales como seres sintientes o “personas no humanas”, mencionando a México¹⁴, Francia y Portugal. Añade que algunos países han incluido en sus textos constitucionales la dignidad de los animales no humanos, como Suiza.

El instrumento referido precedentemente constituye un valioso aporte normativo. La Constitución de la Ciudad de México, en su artículo 13, párrafo B establece que: “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. 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. La ley determinará: a. las medidas de protección de los animales en espectáculos públicos, así como en otras actividades, de acuerdo a su naturaleza, características y vínculos con la persona; b. las conductas prohibidas con objeto de proteger a los animales y las sanciones aplicables por los actos de maltrato y crueldad; c. las bases para promover la conservación, así como prevenir y evitar maltratos en la crianza y el aprovechamiento de animales de consumo humano; d. las medidas necesarias para atender el control de plagas y riesgos sanitarios y e. las facilidades para quienes busquen dar albergue y resguardo a animales en abandono”¹⁵.

Zoológico Simón Bolívar y vivió dieciocho años en un espacio limitado, falleciendo en el año 2017. Su caso fue judicializado.

¹² La Declaración Universal de los Derechos de los Animales si bien fue citada en la sentencia del Caso Kivú de Costa Rica, no constituye un instrumento internacional vinculante, puesto que no ha sido aprobado por ningún organismo internacional o estado.

¹³ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución Nro. 01754-2021.

¹⁴ Al respecto, corresponde aclarar que la referencia al reconocimiento de los animales como seres sintientes en México no es a nivel de país, sino que se encuentra en la Constitución de la Ciudad de México, cuyo estatus normativo cambió en el año 2016, pasando de ser un distrito federal a ser un estado autónomo.

¹⁵ Art. 13 de la Constitución de la Ciudad de México, México.

Ahora bien, la Corte Suprema de Costa Rica expresa la importancia de estas instancias jurisdiccionales a fin de que la protección establecida normativamente sea efectiva. En este sentido, agrega que: “[...] el papel que desempeñan las instancias jurisdiccionales resulta determinante para que esa protección sea efectiva, debiendo decantarse las personas juzgadoras por la búsqueda de una verdadera justicia ecológica. En esa línea se han emitido sentencias reconociendo derechos a entidades naturales como los ríos Whanganui en Nueva Zelanda, Ganges en India y Atrato en Colombia, y de animales como es el caso de la orangutana Sandra en Argentina. Costa Rica no ha sido excepción en este reconocimiento prueba de ello es que se han emitido diversas normas con vocación protectora tales como la ley de Conservación de la Vida Silvestre, la Ley de Bienestar d los Animales, la Ley General del Servicio de Salud Animal y el sistema sancionatorio en el Código Penal”¹⁶. Agrega el alto tribunal de Costa Rica que, también en el ámbito judicial de ese país, “la Sala Constitucional también ha trazado una línea jurisprudencial que se orienta a superar los razonamientos antropocentristas en línea con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con una evidente firmeza en la protección del ambiente y de los animales que esta Sala comparte”¹⁷.

En base a estos aspectos mencionados, los integrantes del Equipo Judicial Sandra propiciamos enfáticamente, sobre la base de conceptos científicos, filosóficos y una interpretación dinámica de las normas jurídicas existentes, que todo animal no humano es un sujeto de derecho y, por lo tanto, debe de ser protegido. Esto implica que se deben tomar las medidas necesarias para mejorar sus vidas y, en particular, hacer cesar el confinamiento que representa el zoológico como una institución de encierro.

V. JURISPRUDENCIA ARGENTINA QUE RECONOCE A LOS ANIMALES COMO SUJETOS DE DERECHO.

Por otra parte, se ha venido desarrollando en Argentina un impulso judicial en pos de reconocer a los animales como sujetos de derecho.

1. Caso de la perra Tita¹⁸.

En la sentencia de fecha 10 de junio de 2021, el juez de garantías de Rawson, Chubut, en la Patagonia Argentina, Dr. Gustavo Castro, declaró responsable de los delitos de “abuso de autoridad en concurso ideal con daño” a un policía que le disparó a quemarropa a Tita, la perra parte de una familia de Playa Unión. En dicha sentencia, Tita fue considerada sujeto de derechos. Al respecto, el juez indicó que “en nuestro país, ese reconocimiento como sujetos de derechos de los animales surgió jurisprudencialmente a partir del fallo de la Orangutana Sandra”¹⁹. El fallo señala que la calidad de sujeto de derechos de Tita impone la obligación de todos los humanos de preservar su vida, su libertad y evitar su maltrato, y afirma que la integridad física de una persona humana por el solo hecho de serlo no se encuentra por encima de la de un animal. Sin embargo, cabe aclarar

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución Nro. 01754-2021.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución Nro. 01754-2021.

¹⁸ Juzgado de Garantía de Rawson, Chubut , Sentencia en la carpeta judicial N° 7311, legajo fiscal N° 21.466 caratulada “CASTILLO, Marionella María Mercedes s/ Denuncia Maltrato Animal”.

¹⁹ Juzgado de Garantía de Rawson, Chubut , Sentencia en la carpeta judicial N° 7311, legajo fiscal N° 21.466 caratulada “CASTILLO, Marionella María Mercedes s/ Denuncia Maltrato Animal”.

que dicha sentencia fue apelada, por lo que la Cámara Penal de Trelew de la provincia de Chubut Argentina absolvió al policía acusado por el hecho de maltrato animal. Luego la familia de Tita, que era parte querellante, y el fiscal interpusieron recurso extraordinario y la sala penal del Superior Tribunal de Justicia del Chubut confirmó la sentencia de la Cámara.

2. Caso de la prohibición de vidrieras vivas²⁰.

Otro caso es el de la prohibición de vidrieras vivas en la provincia de Mendoza. El 14 de junio de 2021 la Suprema Corte de Justicia de Mendoza falló a favor de una ordenanza de la localidad de Godoy Cruz, de octubre de 2016, que prohibía la exhibición de animales en pet-shops y comercios afines. Así, ratificó la ordenanza municipal N°6518/16 de Prohibición de Venta de Mascotas en Vitrinas, Jaulas, Caniles o Similares, que busca desalentar la comercialización de los animales en pos de la promoción de las adopciones responsables de los animales sin familia.

Los comerciantes dueños de pet-shops de la ciudad de Mendoza habían impugnado la ordenanza municipal porque entendían que con ella se violaba el derecho a ejercer el libre comercio. El fallo estableció, a través de varios estudios, que los animales expuestos en vidrieras sufren situaciones de estrés y falta de bienestar debido a la iluminación, la temperatura incorrecta, la alteración de sus ritmos circadianos, la sobreexposición a ruidos y a diversos problemas de las instalaciones, junto con la constante presencia de personas frente a ellos, sin la posibilidad de esconderse o alejarse de la vista de los visitantes, lo cual conlleva perjuicios graves a su salud física y psíquica. Además, el fallo concluye que no se advierte que se vulnere el derecho a ejercer el comercio libremente.

3. Caso de la perra Mara²¹.

En la provincia de Tucumán, con sustento en la sentencia del Caso Sandra, el 27 de mayo de 2015, la jueza Carolina Ballesteros dictó una orden de restricción perimetral al hombre que abusaba de una perra llamada Mara. Dicha medida incluyó también a otros dos perros, a los que se los puso en adopción. La jueza fundamentó su decisión señalando que los animales son parte de este mundo y son vidas que deben protegerse. Los animales son sujetos a derecho y hay numerosos fallos que así lo disponen, como el de la orangutana Sandra.

4. Caso del perro Ángel²².

El caso en comento también marcó un hito jurisprudencial: ante el abuso y la muerte a golpes del perro Ángel, la jueza Carolina Ballesteros, el 18 de octubre de 2021, condenó al autor del hecho, fundamentando su sentencia en las nuevas corrientes filosóficas doctrinarias sobre el bien jurídicamente protegido en materia de derechos de los demás animales y en la jurisprudencia nacional, entre la que destaca el legado de la sentencia del Caso Sandra.

²⁰ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Expte N° 13-04038905-3, caratulada: “Di Paola, Gustavo Rafael C/Municipalidad De Godoy Cruz P/ AC Inc.

²¹ Juzgado de Instrucción V Nominación Tucumán, “Xxx S/ Malos Tratos Y Actos De Crueldad A Los Animales”.

²² Juzgado de Instrucción V Nominación Tucumán, Legajo N.º: S-033240/2021, Causa: “Ruiz Cristian Jose S/ Crueldad Contra Los Animales - Ley N° 14346 Art. 2 Vict: No Identificada”.

5. Caso de las elefantas Pocha y Guillermina²³.

Otro caso interesante es el de las elefantas Pocha y Guillermina, las cuales fueron declaradas personas no humanas el 14 de septiembre de 2021, por la Sala B de la Cámara Federal De Mendoza, constituyéndose dicho fallo en un importante precedente judicial que reafirma el carácter de persona no humana que revisten los elefantes. Disponiendo su traslado a un santuario en Brasil, en este precedente jurisprudencial se puso de manifiesto la importancia del informe técnico realizado por la Dirección Nacional de Biodiversidad de la Secretaría de Política Ambiental en Recursos Naturales del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la cual avaló la decisión de derivar cuatro paquidermos, residentes en el Ecoparque de Mendoza, hacia el Santuario de Elefantes de Brasil.

6. Caso de violencia de género y maltrato animal en Chaco²⁴.

El Juzgado De Niñez, Adolescencia y Familia N°3 de la Ciudad de Resistencia, en la Provincia de Chaco, dictó una sentencia el 18 de mayo de 2021, en la cual se señala que: "Si bien en cuestiones de violencia familiar nuestro derecho positivo no incluye a los animales, no debería descartarse a futuro su inclusión, no solo por ser instrumentos por la repercusión afectiva que ellos tienen en humanos, sino porque sufren como tales, dicha consideración no mermaría la protección de las víctimas humanas sino que la reforzaría de un modo más integral y con mayor sensibilidad social [...]. En tal sentido, debemos tener en cuenta que los animales son seres sintientes, lo que no significa que tengan los mismos derechos que los humanos, adhiriendo en consecuencia a la jurisprudencia cuando dice: 'La categoría de animales como sujetos de derechos no significa que éstos son titulares de los mismos derechos que poseen los seres humanos sino que se trata de reconocerles sus propios derechos como parte de la obligación de respeto a la vida y de su dignidad de ser sintiente [...]. Si bien el CCCN no recoge las nuevas posturas sobre el status de los animales como sujeto de derecho [...] lo cierto es que por su condición de seres vivos sintientes, excede su carácter patrimonial [...]"²⁵.

7. Caso del mono carayá Coco²⁶.

El Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N°4 de la Ciudad de Buenos Aires, señaló en su sentencia del 22 de diciembre de 2021 que: "Puesta a analizar la petición Fiscal, se advierte que ninguna disposición del plexo normativo argentino establece que los animales sean sujetos de derecho, sino que de acuerdo con lo previsto por el Código Civil y Comercial se les atribuye el carácter de cosas (conf. art. 227 CCC). Por ese motivo y siendo que por su esencia los animales resultan ser seres sintientes, para resolver la cuestión traída a estudio voy a acudir a las fuentes del derecho –es decir la ley, la jurisprudencia y la costumbre – teniendo

²³ Juzgado Federal Nro. 1 de Mendoza, FMZ 13.623/2021/CA1 caratulados "Presentante: Fundación Tekove Mymbra S/ Habeas Corpus".

²⁴ Juzgado De Niñez, Adolescencia y Familia N°3 de la Ciudad de Resistencia, en la Provincia de Chaco, EXPTE N°-/2021-1, "B., N. A. c/ P., R. J. s/ Violencia Familiar".

²⁵ Juzgado De Niñez, Adolescencia y Familia N°3 de la Ciudad de Resistencia, en la Provincia de Chaco, EXPTE N°-/2021-1, "B., N. A. c/ P., R. J. s/ Violencia Familiar".

²⁶ Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N°4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expediente 246466/2021-o, "Robledo, Leandro Nicolas Y Otros Sobre 239 - Resistencia O Desobediencia A La Autoridad".

en especial consideración los principios generales del derecho [...]. Lo hasta aquí reseñado, pone en evidencia que la tendencia mundial traza un nuevo paradigma con relación a la categoría jurídica en la que se ubica a los animales, haciéndolos merecedores, dada su condición de seres vivos y sintientes, de derechos que le son propios, aunque en numerosos casos, como el presente, se requiere de la intervención de los seres humanos para restablecer o efectivizar dichos derechos. De todo lo reseñado, se impone, sin lugar a dudas, declarar que los animales son merecedores de la más amplia protección jurídica dada su condición de víctimas y sujetos –no humanos-. Sin embargo, al no poder accionar por sí mismos, son los seres humanos quienes deben representarlos ante la vulneración de sus derechos”²⁷. Es posible notar que, en este caso, los jueces acuden a la interpretación dinámica de la normativa exigua existente en la materia.

VI. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL QUE RECONOCE A LOS ANIMALES COMO SUJETOS DE DERECHO.

En cuanto a los casos a nivel internacional, destacamos los siguientes:

1. Colombia: Caso del oso Chucho²⁸.

En el ámbito internacional, el precedente fijado en el caso Sandra también tuvo recepción en el caso del oso Chucho, en el cual se concedió un habeas corpus y se dispuso su traslado a otro espacio, sosteniendo “que los animales sí son titulares de intereses jurídicamente relevantes para nuestro ordenamiento, intereses que pueden ser denominados derechos”²⁹ fundando su postura, entre otros fundamentos, en “las experiencias de derecho comparado, como el de la orangután Sandra”³⁰. Si bien la Corte Suprema de ese país en enero de 2020, revocó el habeas corpus³¹, la concepción sobre los animales se mantiene tal y como estaba, es decir, que los animales son seres sintientes y los humanos tienen responsabilidades de cuidado frente a ellos.

2. Estados Unidos y Colombia: Los hipopótamos del Río Magdalena (o los hipopótamos de Pablo Escobar)³².

Otro antecedente importante en Colombia y Estados Unidos, en que el caso de Sandra fue fuente de inspiración para los abogados peticionantes, es el de los hipopótamos del Río Magdalena en Colombia (más conocidos como los hipopótamos de Pablo Escobar). El gobierno colombiano quería matarlos a pretexto del impacto que producían en su ecosistema, pero los abogados del Animal Legal Defense Fund, el 20 de octubre de 2021, obtuvieron una orden judicial federal de

²⁷ Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N°4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expediente 246466/2021-0, “Robledo, Leandro Nicolas Y Otros Sobre 239 - Resistencia O Desobediencia A La Autoridad”.

²⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia, causa AHC4806–2017, Radicación.7001–22–13–000–2017–00468–02.

²⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia, causa AHC4806–2017, Radicación.7001–22–13–000–2017–00468–02.

³⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia, causa AHC4806–2017, Radicación.7001–22–13–000–2017–00468–02.

³¹ Corte Constitucional de la República de Colombia, SU016/20, Expediente T-6.480.577.

³² United States District Court For The Southern District Of Ohio, Civil Action No. 1:21-mc-23. Community of Hippopotamuses Living in the Magdalena River.

Estados Unidos que reconoce que los animales pueden ser "personas interesadas", y ordena tomar testimonios a dos expertos en vida silvestre con experiencia en esterilización no quirúrgica residentes en Ohio, para luego remitir esos testimonios y que sean usados en la causa de Colombia en apoyo al uso del anticonceptivo PZP para evitar que los hipopótamos que viven en el río Magdalena sigan aumentando su población, y por ende, evitar sacrificarlos.

3. Costa Rica: Caso del León Kivú³³.

Si bien ya fue mencionado el caso del león Kivú en el título III de este trabajo, es relevante referirnos nuevamente a él en lo referido al reconocimiento de los animales como sujetos de derechos. Al respecto la sentencia individualizada sostiene que: "diversos países alrededor del mundo han emitido normativa en la que se contempla y reconoce a los animales como seres sintientes o personas no humanas (México, Francia y Portugal), y algunos han reconocido explícitamente en sus constituciones el derecho a la protección (Alemania y Luxemburgo), y de la dignidad de estos (Suiza). En este contexto, el papel que desempeñan las instancias jurisdiccionales resulta determinante para que esa protección sea efectiva, debiendo decantarse las personas juzgadoras por la búsqueda de una verdadera justicia ecológica. En esa línea se han emitido sentencias reconociendo derechos a entidades naturales como los ríos Whanganui (Nueva Zelanda), Ganges (India) y Atrato (Colombia), y de animales como es el caso de la orangutana Sandra (Argentina). Costa Rica no ha sido excepción en este reconocimiento prueba de ello es que se han emitido diversas normas con vocación protectora, tales como la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, N°7317; la Ley de Bienestar de los Animales N°7451, la Ley General del Servicio de Salud Animal N°8495 y el sistema sancionatorio en el Código Penal N°4573"³⁴.

La Corte confirma la sentencia de la instancia precedente, agregando: "[...] como se describió en considerandos anteriores, el proceso de educación, concientización, información y reinención por el que ha atravesado la humanidad respecto a la debida protección y resguardo de la naturaleza y en particular, de los animales, hace deducir como consecuencia lógica que las personas dejarán de asistir a lugares que tengan animales en cautiverio con condiciones como las que presentaba la jaula de Kivú, ya que si bien este tipo de encierros hace unas décadas atrás apenas se empezaban a cuestionar, hoy resultan absolutamente inaceptables"³⁵.

4. Ecuador: Caso de la mona chorongu Estrellita³⁶.

La sentencia en comento, mencionada anteriormente en el título II del presente artículo, analiza el concepto de sintiencia y establece que los animales no pueden ser equiparados a los humanos, porque cada especie tiene sus propias necesidades y cualidades, de manera que las demandas de protección son distintas. En la sentencia se utilizaron documentos elaborados por los amici curiae del programa Brooks McCormick Jr. Animal Law & Policy Program de la escuela de derecho de Harvard y el Nonhuman Rights Project, los cuales citan a su vez la Resolución N°1155/2019³⁷ del

³³ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución Nro. 01754-2021.

³⁴ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución Nro. 01754-2021.

³⁵ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución Nro. 01754-2021.

³⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Nro. 253-20-JH/22 (Derechos de la Naturaleza y animales como sujetos de derechos), Caso "Mona Estrellita".

³⁷ Tribunal Superior de Islamabad, W.P. No. 1155/2019, "Islamabad Wildlife Management versus Metropolitan Corporation Islamabad, etc.

Tribunal Superior de Islamabad, indicando lo siguiente: “Un animal es sin dudas un ser sintiente [...]. No es natural que un león se mantenga en cautividad en una zona restringida. Separar a un elefante de la manada y mantenerlo aislado no es lo que ha contemplado la naturaleza. Al igual que los humanos, los animales también tienen derechos naturales que deben ser reconocidos. Es un derecho de cada animal, un ser vivo, a vivir en un entorno que satisfaga sus necesidades conductuales, sociales y fisiológicas”. Al respecto, en la nota 125 al punto 132 de la sentencia, la Corte Constitucional de Ecuador señala lo siguiente: “Sobre la vida animal resulta pertinente traer a colación lo desarrollado por el Tribunal Superior de Islamabad que ha sido puesto en conocimiento de esta Corte a través del amicus curiae de Brooks, McCormick Jr. Animal Law & Policy Program at Harvard Law School y el Nonhuman Rights Project: «También es un derecho natural de todo animal ser respetado porque es un ser vivo, que posee el precioso don de la ‘vida’. Los humanos no pueden arrogarse el derecho o la prerrogativa de esclavizar o subyugar a un animal porque este ha nacido libre para algunos fines específicos. Es un derecho natural de un animal no ser torturado o matado innecesariamente porque el don de la vida que posee es precioso y su falta de respeto socava el respeto del Creador»³⁸”.

Concluye la Corte Constitucional del Ecuador, en el punto 181 de la sentencia caso “Mona Estrellita”, que:

- “1. Los animales son sujetos de derechos protegidos por los derechos de la naturaleza.
2. Los animales son sujetos de derechos protegidos bajo los derechos de la naturaleza garantizados en el artículo 71 de la Constitución bajo la aplicación irrestricta de los principios de interespecie e interpretación ecológica.
3. Los derechos de los animales deben también responder a una dimensión adjetiva por la cual pueden -indistintamente de las acciones y recursos constantes de la justicia ordinaria- alcanzar la protección de sus derechos por medio de las garantías jurisdiccionales según el objeto y pretensión concreta [...]”³⁹

En ese mismo punto 181, apartado IV, la Corte establece que para el cuidado o custodia de los animales silvestres debe priorizarse su inserción o permanencia en el hábitat natural y evaluarse en primer lugar esta alternativa; de no ser posible, se considerará la conservación ex situ en condiciones tales que éste “pueda prosperar”, cumpliendo con determinados lineamientos establecidos en el punto 137 de la sentencia, es decir: lugar con acceso al agua y alimentos adecuados para mantener su salud y vigor, ambiente adecuado para cada especie, con las debidas condiciones de resguardo y descanso, deben garantizarse condiciones sanitarias adecuadas para proteger su salud e integridad física y deben garantizarse condiciones de espacio y de relación suficiente para asegurar la posibilidad del libre desarrollo de su comportamiento animal.

³⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Nro. 253-20-JH/22 (Derechos de la Naturaleza y animales como sujetos de derechos), Caso “Mona Estrellita”.

³⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Nro. 253-20-JH/22 (Derechos de la Naturaleza y animales como sujetos de derechos), Caso “Mona Estrellita”.

VII. AVANCES NORMATIVOS REFERIDOS AL DERECHO ANIMAL EN ARGENTINA

El 30 de junio de 2021 se aprobó en Argentina la Ley N°3.291 que crea el Programa de Sensibilización sobre el Cuidado Responsable de Animales no Humanos y Prevención de Enfermedades Zoonóticas, de la provincia de Neuquén, la cual tiene aplicación en los distintos niveles educativos y en las modalidades tanto pública como privada. Esta ley incluye contenidos educativos que se transmitirán a niños, niñas, adolescentes y docentes de los establecimientos educativos públicos y privados, con una nueva perspectiva de concientización sobre el respeto y cuidado responsable de los animales no humanos, para evitar el uso, la explotación, abandono, crueldad y maltrato animal, junto con brindar información sobre legislación vigente que tutela los derechos de los demás animales. Asimismo, busca implementar estrategias de capacitación docente continua sobre los temas que aborda e implementar acciones en el ámbito educativo para erradicar todo tipo de discriminación y violencia, generar un pensamiento basado en valores, tales como el respeto, la empatía, la igualdad, la inclusión y la solidaridad y para poder abordar las posturas de supremacía del animal humano.

Esta ley es para animales humanos y no humanos un gran avance cultural y socio-histórico, y podría significar un antes y después en la consideración que los animales no humanos han recibido hasta ahora.

Por otro lado, el 8 de abril de 2021 la provincia de Salta, Argentina, mediante la Ley N°8.243 de Regulación de la Venta y Adopción de los Animales de Compañía, prohibió la exposición de animales para venta en vidrieras vivas. También establece condiciones de sanidad y bienestar para animales de compañía puestos a la venta en locales comerciales o que son dados en adopción y se imponen multas por incumplimientos. La mencionada ley busca garantizar la alimentación, los cuidados preventivos y también paliativos, junto con la asistencia veterinaria requerida por los animales. Asimismo, incorpora en el Código Contravencional multas a quienes incumplan y señala que los lugares donde estén alojados los animales deben reunir condiciones mínimas para garantizar su bienestar. La ley indicada tiene un fin educativo, lo que propicia se deje de cosificar a los animales.

VIII. CONSECUENCIAS DEL CAUTIVERIO SOBRE LOS ANIMALES.

El trámite judicial desde el año 2015 hasta el año 2019 -momento en que la orangutana Sandra fue trasladada al Center for Great Apes en Florida, Estados Unidos, en cumplimiento de la sentencia judicial que así lo ordenaba-, nos demostró que los zoológicos (o cualquier otro sitio de encierro de animales no humanos, tales como delfinarios, oceanarios, colecciones privadas, etc.) no son lugares adecuados para la vida digna de los animales, en particular cuando se trata de fauna silvestre y/o exótica.

A modo de ejemplo, y en base a lo sostenido en las sentencias citadas previamente, podemos mencionar las siguientes condiciones perjudiciales comunes a la mayoría de los zoológicos: la extrema limitación de los espacios físicos, que en la práctica importa un impedimento casi absoluto de traslado, la contaminación visual y auditiva, y la exhibición reiterada al público, que en caso de llevarse a cabo en horario nocturno, importa además la exposición a las luces artificiales y flashes, que no existen en los hábitats naturales. Demás está aclarar la crueldad que generan los

shows que involucran animales, donde son forzados a realizar conductas que no les son propias para el mero entretenimiento de los animales humanos.

Además, si comparamos las condiciones de encierro de cualquier animal no humano con las de un reo humano, a simple vista podemos detectar que -a diferencia de una persona humana- los animales obligados a residir en los zoológicos no lo hacen en virtud de un proceso judicial ni como consecuencia de sus conductas, sino por la mera decisión del ser humano en atención a sus exclusivos intereses, los que, para peor, son mayoritariamente económicos, aunque se solapen con propósitos de investigación o de preservación. Estos generalmente no son sino una máscara para disimular el confinamiento al que los animales son sometidos y el perverso canal cultural por el que se transmite de generación en generación ese cautiverio como un hecho natural, de manera de hacerlo "soportable" cuando adquirimos conciencia de esa verdadera esclavitud animal, determinada porque solo se les considera por su utilidad -en el caso de los zoológicos, la exhibición al público, entretenimiento, espectáculo-, y no por lo que son.

A los fines de ilustrar las terribles consecuencias que trae el cautiverio para los animales encerrados, podemos mencionar que durante el proceso del "Caso Sandra", los profesionales técnicos intervinientes en la causa judicial, el biólogo Dr. Ricardo Ferrari y el médico veterinario primatólogo Dr. Aldo Giúdice, realizaron una extensa observación de Sandra en el recinto del ex zoológico de la Ciudad de Buenos Aires, identificando mediante "indicadores de comportamiento" las necesidades concretas de Sandra, y así observaron y registraron cuánto tiempo dedicaba a sus actividades: al enriquecimiento, a la alimentación, a reposar, a dormir, etc. Los indicadores de comportamiento son ítems objetivos, que permiten comparar la conducta de un individuo con las de otro de su misma especie, género y edad. Su fin es describir conductas y por sí mismos no explican ni son opiniones o comentarios que, a todo evento, son actividades posteriores⁴⁰. Estas observaciones fueron presentadas por escrito en el expediente y explicadas en una audiencia ordenada en el marco del amparo judicial en el caso Sandra⁴¹, a la cual asistieron todas las partes involucradas en el expediente, el abogado de AFADA y el Dr. Gil Domínguez como parte actora, los abogados del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y las autoridades del zoológico de la Ciudad (que en junio de 2016 comenzó su reconversión a Ecoparque, trasladando a los animales a santuarios y/o reservas donde tuvieran una mejor calidad de vida). Las conclusiones de los profesionales fueron que Sandra necesitaba una mejora en su calidad de vida que le permitiera realizar las conductas propias de su especie que, por las exiguas características del zoológico en el cual vivía, tenía vedadas.

A modo de ejemplo, los profesionales autores del informe mencionado sostuvieron que los orangutanes son animales tridimensionales, es decir, su vida no solo está presente en un espacio o plano bidimensional como en el caso de las personas humanas, sino que su entorno incluye el espacio bajo el suelo, sobre éste y en los troncos y copas de los árboles, puesto que duermen en nidos que cada día preparan en lo alto de los árboles. Sandra no tenía árboles en el zoológico de la Ciudad de Buenos Aires, bajo el pretexto de evitar su fuga, según lo señalado por las autoridades

⁴⁰ Informe Presentado en el marco de la causa de amparo "Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros contra GCBA sobre Amparo" EXPTE. A2174-2015/0, por los Dres. Giudice, Aldo Mario y Ferrari, Héctor Ricardo, Profesor Adjunto a cargo de la Cátedra de Bienestar Animal Facultad de Ciencias Veterinarias - UBA, 2 de marzo de 2017.

⁴¹ Juzgado N° 4 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, EXPTE. A2174-2015/0, "Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros contra GCBA sobre Amparo".

del zoológico⁴². Su recinto de cautiverio era solo de cemento, el que pretendía lucir como si fuesen rocas. Consideramos esto como un detalle realmente perverso si se tiene en cuenta que, según el cartel explicativo del zoológico al público, la palabra orangután significa en malayo “hombre del bosque”. Por otra parte, Sandra era el único ser de su especie confinado en el zoológico, siendo el último contacto con un miembro de su especie su propio hijo, el que le fue retirado al poco tiempo para ser vendido a un zoológico en China.

Al respecto, Ricardo Rabinovich-Berkman expresa lo siguiente: “Los orangutanes son criaturas sensibles, extremadamente inteligentes, viven la mayor parte de su vida en los árboles y nada de árboles ha tenido Sandra en sus sucesivas jaulas porteñas. No son de un género gregario, pero gustan de comunicarse entre ellos, y lo hacen con variedad de sonidos. Sandra no ha tenido la posibilidad de escuchar ese lenguaje nunca. No es raro que se formen parejas estables, que estén a veces varios meses sin compañía y disfruten del afecto mutuo. Por supuesto, ellos eligen a su consorte. A Sandra le impusieron un macho ocasional, al solo efecto de que copulase y quedase preñada [...]. Las condiciones espantosas en que Sandra se encuentra en el zoológico de Buenos Aires fueron [...] verificadas por el personal del juzgado de la magistrada Elena Liberatori [...]. [H]e visto los reportes, y al haber sido convocado por el Tribunal en carácter de *amicus curiae*, he visto también las filmaciones. La situación es insostenible” (Rabinovich-Berkman, 2015, p. 5-11).

Los encierros, sin importar la denominación que se elija para cada caso, generan estereotipias (Ferrari, 2017), que son secuencias de comportamiento sin función alguna, generalmente largas, que se repiten siempre de la misma manera y son el indicador de un problema en la salud mental del animal. Así lo explicó en el expediente judicial, el biólogo experto en comportamiento animal, Dr. Ferrari, biólogo a cargo de las cátedras de comportamiento animal de las Universidades Nacionales de La Plata y Buenos Aires, a quien conocimos en ocasión de su desempeño como *amicus curiae* en el expediente de la orangutana Sandra: “Un animal que estereotipia, lo hace porque canaliza su comportamiento específico de especie en un ambiente inapropiado. Es decir, es el ambiente el que le está impidiendo ser de la manera que ha evolucionado. El desarrollo de las estereotipias en ambientes empobrecidos (también llamados yermos) puede ser descrito como un proceso gradual de fijación. Patrones de corta duración y alta fijación dominan la conducta, que se vuelve altamente repetitiva. Aumenta la velocidad de realización y a largo plazo, los estereotipos autodirigidos reemplazan a los dirigidos hacia el medio. Esto lleva a una marcada reducción en la diversidad conductual, llegando a asumirse, frecuentemente, posturas corporales inmóviles. Frecuentemente las estereotipias aparecen en animales que enfrentan problemas insolubles [...]. El animal sufre, y en la medida que la estereotipia perdure, acabará siendo la respuesta del animal a todas las perturbaciones, tomará la mayor parte de su tiempo, es decir, de su vida, desplazando otros comportamientos, y acabará por generar tan fuertes conexiones en el cerebro que ya no podrá hacer otras cosas”⁴³.

El biólogo holandés Frans de Waal (2014) explica que un animal es aprendizaje, cognición y sintiencia. Además, señala que, en contra de la visión sangrienta de la naturaleza, los animales no están desprovistos de tendencias morales, lo que sugiere que la moralidad no es una innovación

⁴² Información obtenida por las propias declaraciones de las autoridades del zoológico en el marco de la causa de amparo “Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros contra GCBA sobre Amparo” EXPTE. A2174-2015/0.

⁴³ Juzgado N° 4 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, EXPTE. A2174-2015/0, “Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros contra GCBA sobre Amparo”.

tan exclusivamente humana como nos gusta creer, estableciendo que los mamíferos son sensibles a las emociones ajenas y que reaccionan ante los necesitados. Lo anterior también ha sido demostrado por el biólogo norteamericano Carl Safina (2017).

Asimismo, al aprendizaje y a la cognición se agrega la sintiencia: los animales sienten placer y displacer porque cuentan con las estructuras cerebrales y neuroquímicas que lo permiten, al igual que en nuestro caso, como lo establecieron los científicos de la Declaración de Cambridge (2012). Y tal como bien lo aclara el Dr. Ferrari (2017), ese placer o displacer son herramientas para la supervivencia, pues lo placentero lo empuja hacia el ambiente donde ha de vivir y el displacer lo aleja de lo que no cumple ese propósito de vida.

La sintiencia, como antes se dijo, fue objeto de una declaración en el año 2012, en virtud de la cual un grupo de científicos reunidos en Cambridge, bajo el patrocinio de Stephen Hawking, expresaron al mundo que existen “evidencias de peso y convergentes” que indican que los animales no humanos tienen consciencia, es decir, que los animales tienen experiencias como seres conscientes, las que pueden ser positivas o negativas y pueden afectarlos para bien o para mal.

Por otra parte, los animales en cautiverio son forzados a realizar conductas que no les son naturales, se les impide realizar las que sí lo son y se les somete constantemente al escrutinio humano. No se consideraría aceptable si estas medidas les fuesen aplicadas a las personas humanas, incluso aquellas privadas de libertad. Claudio Bertonati, ex Director del Zoológico de la Ciudad de Buenos Aires, ha expresado que “muchas veces nos sentimos carceleros” (Chehebar y Iacouzii, 2022). El experto Ricardo Ferrari explica las estereotipias que el encierro de los zoológicos produce a los animales, particularmente, respecto de las estereotipias de un oso polar, comenta: “lo que ven no es un gif [...] les presento el infierno [...]. Pisa en los mismos lugares, su cerebro está torcido” (Chehebar y Iacouzii, 2022).

Cuando el actual jefe de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, el licenciado Rodríguez Larreta, anunció la decisión de convertir el zoológico en un ecoparque, la fundamentó expresando que: “Los zoos no transmiten los valores que queremos para los chicos [...] es una decisión histórica [...] la verdad que un zoo es degradante para los animales, no es la manera de cuidarlos” (Chehebar y Iacouzii, 2022).

Estamos aprendiendo acerca de la necesidad de efectuar una reformulación de los paradigmas de siglos pasados por los cuales damos por naturalizado que los animales son seres destinados al usufructo y la conveniencia de los humanos, naturalizándose de la cosificación del ser. Concluimos que este proceso de cosificación de los animales, al igual que ocurre con seres humanos vulnerados (en virtud del racismo, de la pobreza, por género, por el trabajo infantil etc.) es el camino a las violencias tanto institucionales como simbólicas.

Tanto la filósofa Judith Butler (2017), como la filósofa argentina Mónica Cragolini (2016), coinciden, desde nuestra perspectiva, en el modo de analizar las maneras en que los humanos nos pensamos y cómo pensamos al otro. Ambas coinciden en que este otro no solo serían los animales que no tienen derechos por no ser criaturas asimilables a los humanos, sino también todo humano al que no se lo considera como tal y que no es reconocido por las normas dominantes, como por ejemplo, las diversidades sexuales o los sectores empobrecidos de la sociedad. De esta manera, se

establece que hay vidas que son más dignas de ser vividas que otras, tanto humanas como no humanas.

Se trata entonces de, al menos, paliar la situación de vida de estos animales sintientes con la posibilidad que brindan los santuarios en cuanto a una mejora sustantiva en su calidad de vida, dado que no siempre es posible reinsertarlos en su hábitat de origen.

Por otra parte, y tal como bien lo explica la filósofa española Marta Tafalla (2020) en su libro *Ecoanimal*: “El elemento que caracteriza la apreciación estética de los animales, a diferencia del resto de la naturaleza, es que no son objetos como las nubes y las montañas ni simplemente seres vivos como los árboles, sino que son sujetos viviendo sus vidas. Por ello, apreciar un animal no consiste simplemente en deleitarse con su apariencia externa. Un animal no es meramente un cuerpo con un aspecto atractivo para nuestros sentidos, sino que ahí dentro hay un yo que experimenta su vida de una forma subjetiva, un yo que articula las sensaciones de dolor y placer, que se relaciona con el mundo mediante capacidades cognitivas, emocionales y comunicativas [...]. Cuando los vemos, debemos recordar que ellos están viviendo sus vidas y que esas vidas son incomparablemente más importantes que nuestro disfrute [...]. Frente a la falsa seguridad que nos venden los zoológicos, que nos garantizan que veremos a un león, nunca nos muestran la vida de un león” (Tafalla, 2020, pp. 212-213).

Tal como hemos aprendido a lo largo de estos años, los animales están definidos por sus conductas propias, y para ello necesitan un entorno que les permita desarrollarlas. De otro modo, se encuentran condenados al sufrimiento.

Existe un importante precedente judicial de traslado de un elefante, de un zoológico a un santuario, que es el “Caso Kaavan⁴⁴”, en Pakistán. En el año 2020, el Alto Tribunal de la ciudad de Islamabad ordenó su traslado a un santuario en Camboya, afirmando que un zoológico, más allá de lo bien equipado que pueda estar, no es más que un campo de concentración para seres vivientes que por disposición del Creador han de vivir libres y en sus hábitats naturales. La sentencia añade que sacarlos de sus hábitats y enjaularlos es una violación a los derechos naturales, que tales seres tienen dados por el Creador, y que aprisionarlos sin que hayan cometido ningún crimen y privarlos de su vida en el hábitat natural es una interferencia de la especie humana en el equilibrio natural del Creador, lo que los somete a inimaginables dolores y sufrimientos. Se señala que no existe justificación alguna para este trato cruel en aras de entretener a la especie humana, agregando que el cautiverio de un zoológico provoca conductas anómalas en los animales.

En octubre del año 2021, se celebró la 29^a Virtual Animal Law Conference en los Estados Unidos, y el Equipo Judicial Sandra fue invitado a participar en un panel en el que también estuvo el abogado Owais Awan (2021) cuyo testimonio en esa ocasión fue muy ilustrativo acerca de las incidencias en este tipo de casos judiciales, y en particular, lo referido al cautiverio. Con motivo de la sentencia de Kavaan, Awan (2020) ilustra las infames condiciones de cautiverio de los animales en los zoológicos, las que más allá del caso concreto, sin dudas, caracterizan a estos lugares de encierro de los animales, señalando que: “Por primera vez, el Tribunal Superior de

⁴⁴ Tribunal Superior de Islamabad, W.P. No. 1155/2019, “Islamabad Wildlife Management versus Metropolitan Corporation Islamabad, etc.

Islamabad en Pakistán a través de su decisión en Islamabad Wildlife Management Board (IWMB) v. Metropolitan Corporation Islamabad (MCI) a través de Mayor & Others y peticiones relacionadas ha reconocido la personalidad y los derechos de los animales no humanos dentro del marco constitucional. A pesar de que la Constitución de Pakistán no reconoce expresamente la sensibilidad animal [...] Se hicieron varias declaraciones e instrucciones al gobierno, como el hecho de que los animales no humanos cautivos en el zoológico de Islamabad están siendo sometidos a 'dolor y sufrimiento innecesarios'. La decisión comienza con una analogía entre el encierro humano durante la pandemia de Covid-19 y sus efectos en la salud mental humana y el cautiverio de animales no humanos en zoológicos y su sufrimiento psicológico. Un recorrido por el zoológico es más o menos así: lo primero que uno nota es el vale de la entrada a un precio muy bajo (menos de medio dólar). Los ingresos de la taquilla, los numerosos puestos de comida y las áreas de juego no vuelven al zoológico, ya que han sido subcontratados a terceros. Los primeros recintos al entrar son los monos (a pesar de que los monos son especies autóctonas de Margallah Hills donde se les puede ver con frecuencia en lugares públicos). Los estanques de patos suelen estar sucios y contaminados. Hay dos osos en pozos de concreto que han sido separados uno del otro y recientemente se le diagnosticó un tumor a la osa hembra. El año pasado, en 2019, después de que el deterioro de su salud llamara la atención de las redes sociales, el Tribunal ordenó tratamiento médico para ella. Los lobos son delgados y a menudo se los puede ver corriendo en círculos. Los carnívoros se alimentan solo una vez durante el día porque no hay personal presente en el zoológico por las noches. Hay madrigueras de ratas en el aviario y las jaulas de las aves, y la desafortunada águila esteparia que se rompió el ala durante la migración terminó en la jaula del zoológico con su ala descuidada, como resultado de lo cual todavía no puede volar [...]. Los avestruces en exhibición muestran un comportamiento estereotípico como arrancarse las plumas, y no hay nadie que eduque a los visitantes cuando el avestruz macho está haciendo un baile de apareamiento. Hay un cocodrilo de pantano bebé solo. Finalmente llega Kaavan, el recluso más grande, más inteligente y sensible, que está en el centro de la controversia sobre la difícil situación de los animales encarcelados en el zoológico. Fue obsequiado por el gobierno de Sri Lanka a Pakistán en 1985 cuando solo tenía un año de huérfano. Kaavan tenía una pareja llamada Saheli que solo tenía 24 años y cuyo fallecimiento en 2012 provocó una protesta contra el zoológico por parte de los residentes de Islamabad por primera vez. Se encontró a Kaavan balanceándose y moviendo la cabeza con frecuencia, no estaba bien cuidado y tenía las uñas rotas. Como era de esperar, tiene una relación negativa con su Mahout (cuidador) y solo ha sido condicionado para comer alimentos de las manos de los visitantes del zoológico [...] mientras está parado en el borde del foso en su recinto [...]. La decisión del Tribunal Superior también menciona cómo «los visitantes se burlan de los animales enjaulados arrojándoles artículos, piedras, pinchándolos o molestándolos con ruidos fuertes», lo que «exacerba aún más su dolor y agonía» (Awan, 2020)⁴⁵.

La conducta del público en general carece de sensibilidad alguna y de empatía hacia el encierro y las estereotipias que observan como una gracia, como parte del "espectáculo", con el agravante de que ese público es casi siempre la niñez. ¿Qué estamos enseñando así?

Hemos comprendido también a partir del "Caso Sandra" que un animal no se define únicamente por su conformación biológica, sino también por las conductas que desarrolla, tal como lo señala

⁴⁵ Traducción propia.

la Corte Constitucional del Ecuador⁴⁶. Según señala Ferrari (2018), estas conductas, para ser saludables, deben ser características de su especie, y cuando ello no es posible por el entorno o las condiciones inadecuadas de vida, se genera sufrimiento. Uno de los síntomas que evidencia este sufrimiento son las estereotipias que ya hemos mencionado.

Resumiendo, debemos resaltar que el maltrato a un animal no debe vincularse solamente con el dolor físico, sino también con el padecimiento o sufrimiento generado por las condiciones de encierro provocadas por la actividad humana. Por ello, el encierro de animales en zoológicos no puede ser otra cosa que maltrato, lo cual debe estar penalizado.

La neurocientífica y experta en comportamiento animal Lori Marino (2022) de la Universidad de Emory advierte que los efectos a largo plazo de la cautividad son muy similares entre especies, incluyendo a los seres humanos. Un ejemplo de ello, sostiene, es el efecto en el sistema límbico - que es el que está involucrado en el procesamiento de las emociones-, la memoria y algunas formas de cognición en todos los vertebrados. Establece que los efectos de la cautividad pueden ser profundos e incluso provocar la muerte prematura o estrés crónico, el cual a su vez genera disfunciones en el sistema inmunológico, lo que puede llegar a desencadenar una atrofia cerebral, junto con aumentar la vulnerabilidad a las infecciones (Marino, 2020). La cautividad limita la gama de decisiones a tomar, es decir, limita severamente la autonomía del animal, entendida como la libertad de elegir qué hacer y cuándo. “En una jaula o en un tanque, no pueden elegirse los individuos con los que se convive ni qué comer, ni qué hacer, ni a dónde ir [...]. Además, la inteligencia conlleva una necesidad de estimulación y desafío por parte de otros animales, el entorno, diferentes problemas, etc. En parques zoológicos o marinos, los entornos son tan pobres y monótonos que la exploración y los desafíos son muy limitados. Y esto es extremadamente estresante para cualquier ser inteligente” (Marino, 2020, p.10-11).

Desde otra arista, hoy día los conocimientos científicos permiten afirmar que los cetáceos son seres inteligentes, conscientes de ellos mismos y dotados de una cultura, los que viven en comunidades sociales y familiares muy evolucionadas. Es más que evidente que estos animales sufren importantes problemas de salud física y emocional cuando son sometidos al cautiverio. El estrés al que son sometidos en estanques de cemento hace que pierdan el apetito y de peso, además de que pueden sufrir úlceras estomacales por dietas monótonas y artificiales, lo cual los torna vulnerables a enfermedades tales como depresión y comportamientos antisociales. Un delfín, en su hábitat natural, puede nadar más de 100 km por día, sumergirse centenas de metros en la profundidad del mar y entretener su vida con sus congéneres. Todo eso es imposible en un recinto de confinamiento que no cumple con los requisitos mínimos en cuanto a sus necesidades psicofísicas y sociales (Marino, 2020). De este modo, la esperanza de vida de las orcas se reduce dramáticamente en comparación con los que se hallan libres: “Kayla [...] una orca de 30 años que vivía en SeaWorld Orlando. Si hubiera vivido en estado salvaje, es probable que hubiera alcanzado los 50 años y quizá hasta 80. Con todo, Kayla vivió más tiempo que cualquier orca nacida en cautividad en la historia” (O’Barry, 2020).

Por otro lado, los cetáceos son capturados en cazas sangrientas en Japón, con el fin de continuar la industria del cautiverio y de su venta como seres esclavos. A ello se suman los impactos

⁴⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Nro. 253-20-JH/22 (Derechos de la Naturaleza y animales como sujetos de derechos), Caso “Mona Estrellita”.

negativos de esta caza para las comunidades, tales como desorganización social, problemas de reproducción, etc. (Psihoyos, 2009).

Es necesario tomar conciencia de estos atropellos para que no sean parte en la educación de los niños y niñas, mintiéndoles y haciéndoles creer que, como un delfín siempre parece estar sonriendo, este no sufre. Es necesario educar para que se sepa que no es natural que tengan una pelota en su nariz ni que sean utilizado como una tabla de surf. Conscientes de estos problemas, en el Ministro de Medio Ambiente y Bosque de la India emitió una orden el 17 de mayo de 2013 solicitando a todos sus estados que rechacen las propuestas de creación de delfinarios y que no se permita la importación o captura de especies de cetáceos y su uso para el entretenimiento comercial y la exhibición, en la que señala también que los delfines debiesen considerarse “personas no humanas”.

Es fundamental advertir la importancia del activismo para el esclarecimiento de estas cuestiones que permanecen ocultas por la industria del cautiverio y sus ganancias económicas. Muchas veces se pretende mostrar a delfinarios y oceanarios como lugares de conservación, investigación o de educación, respecto de lo cual Ric O’Barry, fundador del Dolphin Project en 1970 afirma: "Los espectáculos con delfines son tan educativos sobre los delfines como Mickey Mouse sobre los ratones reales" (O’Barry, 2022).

La campaña “Por el Fin de los Espectáculos con Animales Marinos en Argentina”⁴⁷ tiene por consigna “la esclavitud no educa, el cautiverio no conserva, la explotación no protege” y busca el cierre o reconversión de los acuarios tales como Mundo Marino -en el que se encuentra Kshamenk, la única orca en cautiverio en América del Sur- y Aquarium Mar del Plata, ambos en la provincia de Buenos Aires, Argentina⁴⁸.

Por supuesto, los años de encierro y cercenamiento de conductas y libertades dejan secuelas mayoritariamente irreversibles que impiden definitivamente la reinserción en el hábitat natural de los animales en cautiverio. No obstante, y de modo paliativo, existen lugares denominados “santuarios”, que poseen condiciones de vida de “semilibertad”, brindan contacto con congéneres y entornos más adecuados a los requerimientos de cada especie, ofreciendo la mayor calidad de vida posible que los humanos podemos otorgar a aquellos animales que han sido sometido al encierro del zoológico.

IX. CONCLUSIÓN

En el presente artículo expusimos las consecuencias nocivas que padecen los demás animales en cautiverio, desde el análisis de la sentencia del caso Sandra y otros antecedentes jurisprudenciales internacionales. Realizamos un abordaje de la situación de los animales en cautiverio con una

⁴⁷ Véase: Activistas Animalistas de la Costa (2015). Campaña por el Fin de los Espectáculos con Animales Marinos en Argentina. Obtenido de: <https://www.change.org/p/fin-de-espectaculos-marinos-en-argentina-stopacuarios>

⁴⁸ Los siguientes recursos ilustran los esfuerzos para la liberación de los animales marinos confinados en delfinarios, oceanarios y/o colecciones privadas: Chapouthier, G. et al. (2016), Cetáceos en cautiverio: el sufrimiento detrás del espectáculo. Obtenido de: <https://www.cestassez.fr/2016/12/tribune-cetaces-en-captivite-la.html>; O’Barry, R. (2022), 2022 Un Año para recordar. Obtenido de: <https://www.dolphinproject.com/blog/2022-a-year-to-remember/>; Derechos Animales Marinos (2022), ¿Por qué lo hacemos? Obtenido de: <https://www.derechosanimalesmarinos.com/>

mirada deconstructiva y antiespecista, con el objetivo de refundar la relación entre las personas humanas y los demás animales. La clasificación de "personas no humanas" resulta útil para visibilizar que los demás animales pueden ser beneficiarios de sus propios derechos y, de esta manera, no seguir siendo víctimas de sufrimiento generado por el cautiverio.

El cautiverio, entre otras injerencias humanas nocivas para los animales -como su instrumentalización, explotación, uso para espectáculos, etc.-, tiene consecuencias graves que son objetivamente medibles mediante indicadores comportamentales. Esto lo aprendimos gracias a la participación de científicos en ciencias veterinarias y biológicas en la causa de la orangutana Sandra. Ellos indicaron que Sandra, como toda especie silvestre, debe poder desarrollar conductas acordes a su especie y que si no puede hacerlo por encontrarse en un ambiente inapropiado, desarrolla estereotipias. Estas conductas estereotipadas son patrones de corta duración y alta fijación, altamente repetitivos que si se sostiene por largo tiempo, generan frecuentemente posturas corporales inmóviles que se traducen en sufrimiento. Con lo expuesto, llegamos a entender que el sufrimiento no es solo físico, sino que las condiciones de encierro producen también padecimientos emocionales.

Los daños ya generados no pueden deshacerse, pero sí podemos -y a nuestro criterio, debemos- mitigar al máximo las consecuencias nocivas que el ser humano ha realizado sobre la vida de los demás animales encerrándolos en jaulas o estanques. Por ello consideramos que es necesario actuar, concientizar, educar para reformular el paradigma, dejando de naturalizar la cosificación de los demás animales.

BIBLIOGRAFÍA

- Awan, O. (2021). Reforming the Common Law Foundations of Our Relationship with Animals. Animal Law Conference. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=qmFx5HrDXpY&>.
- Awan, O. (2020). Owais Awan on the Legal Fight for Kaavan’s Freedom. Obtenido de Non Human Rights: <https://www.nonhumanrights.org/blog/the-legal-fight-for-kaavans-freedom/>.
- Butler, J. (2017). Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea. Paidós.
- Chehebar, P. e Iacouzzi, N. (Dirección). (2022). Zoofobia [Película]. Metiche Films.
- Cragolini, M. (2016). Extraños animales. Filosofía y animalidad en el pensar contemporáneo. Prometeo Libros.
- Daly, N. (2017). Las orcas no soportan bien la cautividad. ¿Por qué? Obtenido de National Geographic: <https://www.nationalgeographic.es/animales/2019/03/las-orcas-no-soportan-bien-la-cautividad-por-que>.
- De Waal, F. (2014). El Bonobo y los Diez Mandamientos. TusQuets Editores.
- Canal Donatello y yo. (24 de mayo de 2022). Estereotipias en animales [Archivo de video]. Obtenido de Youtube: <https://www.youtube.com/watch?v=vDrS6FaUVlg>
- Ferrari, R. (2017). Sandra y yo solo somos amigos [inédito]. Argentina
- Ferrari R. (2018). Elementos de biología para un pensamiento (no) especista. Memorias I Congreso Internacional De Debate En Torno A Los Animales No Humanos “RESISTIR EL Especismo: Hacia Comunidades Más Animales”, (pp. 474-482). Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Guaimas, L. (2015). La Antropología: sobre la construcción social de las Categorías [inédito].
- Low, P., Edelman, D. y Koch, C. (2012). Declaración sobre la Conciencia en los Animales No Humanos, Cambridge, Reino Unido. Obtenido de Philip Low Foundation: <https://philiplow.foundation/consciousness/>.
- Marino, L. (2022). La cautividad perjudica seriamente el cerebro de los mamíferos inteligentes / Entrevistada por Paula Casal. Revista Mètode. Obtenido de: <https://metode.es/revistas-metode/entrevista-es/entrevista-a-lori-marino.html>
- Rick O’Barry (2020), Empty The Tanks, Capítulo Mexico [Fotografía]. Obtenido de Facebook: <https://www.facebook.com/emptythetanksmexico/photos/a.300362127430946/784646949002459/>
- Pocar, V. (2013). Los animales no humanos. Por una sociología de los derechos. Editorial Ad-Hoc.
- Psihoyos, L. (Director). (2009). The Cove [Película]. Nation Earth.
- Rabinovich-Berkman, R. (2015). Cetera Animalia. A propósito del Caso Sandra. Doctrina Judicial, 5.

Safina, C. (2017). *Mentes Maravillosas. Lo que piensan y sienten los animales*. Galaxia Gutenberg.
Sztajnszrajber, D. (2018). *Filosofía en 11 frases*. Paidós.

Tafalla, M. (2020). *Ecoanimal*. Plaza y Valdés Editores.

Zaffaroni, E. (2011). *La Pachamama y el humano*. Ediciones Colihue.

NORMATIVA

Código Civil, Argentina

Código Comercial, Argentina.

Constitución Política de la Ciudad de México, 2017.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009.

Constitución Política del Ecuador, 2008.

Declaración de Toulon, Francia, proclamada el 29 de marzo de 2019.

Ley N° 3.291, de 2021, Argentina.

Ley N° 14.346 de 1954, Argentina.

Ley N° 2015-177 de 2015, Francia.

Propuesta de Constitución Política de Chile, 2022.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16, Caso de comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato y manifiestan afectaciones a la salud como consecuencia de las actividades mineras ilegales.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, causa AHC4806—2017, Radicación.7001—22—13—000—2017—00468—02. Corte Constitucional de la República de Colombia, SU016/20, Expediente T-6.480.577.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución Nro. 01754-2021. Juzgado de Garantía de Rawson, Chubut, Sentencia en la carpeta judicial N° 7311, legajo fiscal N° 21.466 caratulada "CASTILLO, Marionella María Mercedes s/ Denuncia Maltrato Animal".

Juzgado N° 4 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, EXPTE. A2174-2015/0, “Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros contra GCBA sobre Amparo”.

Corte Constitucional del Ecuador, Nro. 253-20-JH/22 (Derechos de la Naturaleza y animales como sujetos de derechos), Caso “Mona Estrellita”.

Juzgado de Instrucción V Nominación Tucumán, Legajo N.º: S-033240/2021, Causa: "Ruiz Cristian Jose S/ Crueldad Contra Los Animales - Ley N° 14346 Art. 2 Vict: No Identificada". Juzgado Federal Nro. 1 de Mendoza, FMZ 13.623/2021/CA1 caratulados “Presentante: Fundación Tekove Mymbra S/ Habeas Corpus”,

Juzgado de Niñez, Adolescencia y Familia N°3 de la Ciudad de Resistencia, en la Provincia de Chaco, EXPTE N°-/2021-1, "B., N. A. c/ P., R. J. s/ Violencia Familiar".

Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N°4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expediente 246466/2021-0, “Robledo, Leandro Nicolas Y Otros Sobre 239 - Resistencia O Desobediencia A La Autoridad”.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Causa N° 13-04038905-3, caratulada: “Di Paola, Gustavo Rafael C/Municipalidad De Godoy Cruz S/ Acc. De Inc. Juzgado de Instrucción V Nominación Tucumán , “Xxx S/ Malos Tratos Y Actos De Crueldad A Los Animales”.

Tribunal Superior de Islamabad , W.P. No. 1155/2019, “Islamabad Wildlife Management versus Metropolitan Corporation Islamabad, etc.

United States District Court For The Southern District Of Ohio, Civil Action No. 1:21-mc-23. Community of Hippopotamuses Living in the Magdalena River.

Fecha de recepción: 3 de agosto de 2022.

Fecha de aceptación: 17 de noviembre de 2022.

Fecha de publicación: 30 de diciembre de 2022.



COMENTARIOS



EL COMITÉ DE BIOÉTICA ANIMAL (COMENTARIO SOBRE EL DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA N°E51.688-2020)

ANIMAL BIOETHICS COMMITTEE (COMMENTARY ON THE OPINION OF THE COMPTROLLER GENERAL OF THE REPUBLIC N°E51.688-2020)

CRISTIAN ROMÁN CORDERO¹

RESUMEN: Este trabajo comenta el dictamen de la Contraloría General de la República N°E51.688-2020, que se refiere a distintas materias sobre el Comité de Bioética Animal. Específicamente, se abordará: I.- El Comité de Bioética Animal: regulación legal. II.- El dictamen de la Contraloría General de la República N°E51.688-2020. III.- Comentario y Conclusiones.

PALABRAS CLAVES: Comité de Bioética Animal, directrices, función pública, potestad administrativa, acto administrativo, nudge

ABSTRACT: This paper comments on the opinion of the Comptroller General of the Republic No. E51.688-2020, which refers to different matters on the Animal Bioethics Committee. Specifically, it shall address: I.- The Animal Bioethics Committee: legal regulation. II.- The opinion of the General Comptroller of the Republic N°E51.688-2020. III.- Commentary and Conclusions.

KEY WORDS: Animal Bioethics Committee, guidelines, public function, administrative power, administrative act, nudge.

I. PRESENTACIÓN

En este trabajo comentaremos el dictamen de la Contraloría General de la República N°E51.688-2020, que se refiere al Comité de Bioética Animal, en lo relativo a su naturaleza jurídica, a su vinculación con órganos de la Administración, a su organización y funcionamiento, y al modo de ejercer sus funciones (cuales son “impartir directrices bajo las cuales podrán desarrollarse los experimentos en animales vivos conforme a las normas de esta ley” y “absolver las consultas que se le formulen al efecto”).

¹ Profesor de Derecho Administrativo Universidad de Chile, croman@derecho.uchile.cl

Con dicho propósito, dividiremos el presente trabajo en tres partes: (I) El Comité de Bioética Animal: regulación legal; (II) El dictamen de la Contraloría General de la República N°E51.688-2020; y (III) Comentarios. Al final, apuntaremos nuestras conclusiones y las fuentes consultadas.

II. EL COMITÉ DE BIOÉTICA ANIMAL: REGULACIÓN LEGAL

La regulación legal del Comité de Bioética Animal se contiene en los artículos 8 y 9 de la Ley N°20.380, sobre Protección de Animales, contenidos en su Título IV, “De los experimentos en animales vivos”, que transcribimos a continuación:

Artículo 8. Habrá un Comité de Bioética Animal permanente, al que corresponderá definir, sin perjuicio de las facultades de los ministerios para proponer y evaluar políticas y planes, las directrices bajo las cuales podrán desarrollarse los experimentos en animales vivos conforme a las normas de esta ley; absolver las consultas que se le formulen al efecto y coordinarse con las instituciones involucradas en la materia.

Artículo 9. El Comité estará integrado por las siguientes personas:

- a) dos académicos designados por el Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas;
- b) un científico nombrado por el Director del Instituto de Salud Pública de Chile;
- c) un investigador nombrado por el Presidente del Instituto de Investigaciones Agropecuarias;
- d) un científico nombrado por el Ministro o Ministra de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación;
- e) un representante de la Asociación Gremial de Médicos Veterinarios más antigua del país, y
- f) un representante de las instituciones de protección a los animales que cuenten con personalidad jurídica y representatividad nacional, designado por ellas.

Los miembros se desempeñarán ad honorem, por el período de tres años, pudiendo ser nombrados nuevamente para períodos sucesivos. El Comité fijará su propio régimen de organización y funcionamiento.

Ahora bien, a fin de delimitar el ámbito competencial del comité, cabe destacar que el concepto de experimentos en animales vivos y el “marco” inicial en el que éstos deben realizarse, son tratados en los artículos 6, 7 y 10 de la señalada ley, insertos en el mismo capítulo, que transcribimos a continuación:

Artículo 6. Para los efectos de esta ley, se entiende por experimento en animales vivos toda utilización de éstos con el fin de verificar una hipótesis científica; probar un producto natural o sintético; producir sustancias de uso médico o biológico; detectar fenómenos, materias o sus efectos, realizar demostraciones docentes, efectuar intervenciones quirúrgicas y, en general, estudiar y conocer su comportamiento.

Artículo 7. Los experimentos en animales vivos sólo podrán practicarse por personal calificado, que evitará al máximo su padecimiento. Se entenderá por personal calificado aquel que tenga estudios en las áreas veterinaria, médica o de ciencias afines, certificados por una institución académica del Estado o reconocida por éste.

Si los experimentos consistieren en intervenciones quirúrgicas que necesariamente importen el uso de anestesia para evitar sufrimientos innecesarios, deberán ser practicados por un médico veterinario u otro profesional competente.

Tales experimentos, además, deberán practicarse en instalaciones adecuadas y se limitarán a los fines señalados en el artículo anterior.

Los establecimientos en que se realicen estos experimentos deberán contar con instalaciones idóneas a las respectivas especies y categorías de animales, para evitar el maltrato y deterioro de su salud.

Artículo 10. No podrán realizarse experimentos en animales vivos en los niveles básico y medio de la enseñanza.

Sin embargo, en las escuelas o liceos agrícolas, así como en la educación superior, los referidos experimentos sólo estarán permitidos cuando sean indispensables y no puedan ser reemplazados por la experiencia acumulada o métodos alternativos de aprendizaje para los fines de formación que se persigan. La autorización para efectuar tales experimentos deberá ser otorgada por el director de la escuela o liceo o por el decano de la facultad respectiva.

Cabe hacer presente que en la Historia de la Ley N°20.380 no constan mayores antecedentes sobre el Comité de Bioética Animal. Por lo pronto, su artículo 8, antes transcrito, es idéntico al contenido en la moción², vale decir, durante su tramitación, no tuvo variación alguna. A lo más, en el mensaje, se señala que él fue tomado de otro proyecto de ley que, entonces ya se encontraba archivado³.

² Historia de la Ley N°20.380, p. 6 (Boletín N°6521-12).

³ Historia de la Ley N°20.380, p. 6. En efecto, se contiene la siguiente mención: “El texto en cursiva se incorpora en el Veto Presidencial formulado al Boletín N°1721-12, ya aprobado por la Cámara de Diputados y por la Comisión de Medio Ambiente del Senado”. En tanto que en este Boletín N°1721-12, iniciado por moción parlamentaria, contiene la primera versión del artículo en cuestión, que es el siguiente:

“Artículo 12. Las experiencias que causen a los animales dolores, sufrimientos o que los pongan en un estado de gran ansiedad, o que puedan perturbar de manera importante su estado general, deben ser limitadas a lo estrictamente indispensable.

Se creará un comité de bioética permanente, integrado por científicos de distintas universidades y centros de investigación del país, por representantes de organizaciones de protección de los animales con personalidad jurídica y por representantes del Colegio Médico Veterinario de Chile A. G., el que fijará los criterios que permitan determinar cuáles experiencias son indispensables. Este comité será el asesor oficial de la autoridad competente la que autorizará las experiencias.

Cualquiera persona que tenga la intención de realizar experiencias en animales deberá pedir la autorización a la autoridad competente.

Las autorizaciones sobre experiencias en los animales están sujetas a un período y a una validez limitada.

Las autorizaciones se concederán a las direcciones de instituciones de educación secundaria, universidades, a los

III. EL DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA N°E51.688-2020

El dictamen de la Contraloría General de la República N°E51.688-2020, de 13 de noviembre de ese año, fue expedido a requerimiento de un particular, “a nombre del Comité de Bioética Animal”, y aborda ocho tópicos que nos interesa relevar:

1. Órgano colegiado autónomo.

Señala, citando un dictamen previo⁴, que el Comité de Bioética Animal es “un órgano colegiado autónomo de competencia estricta y reglada”, al cual la ley “le entregó la fijación de su propio régimen de organización y funcionamiento, lo que implica la determinación del conjunto de normas por las cuales ha de regirse, de modo que el ejercicio de la referida facultad de autoregulación no puede desvirtuar la naturaleza de la institución creada por la ley, de manera de crear un ente distinto a aquella, como ocurriría si se constituyera una persona jurídica de derecho privado”.

2. No vinculado a ningún ministerio.

Afirma que el señalado comité “no se encuentra sujeto a la dependencia o tutela de algún ministerio y, por ende, tampoco forma parte de la estructura orgánica de una secretaría de Estado, no siendo posible que por la vía administrativa se establezca una vinculación de esa especie”.

institutos científicos y a los laboratorios, y deberán servir a los siguientes propósitos: a la investigación científica; a la producción y al control de sustancias, especialmente de suero, vacunas, reactivos para diagnósticos y medicamentos; a la determinación de procesos o estados fisiológicos o patológicos; a la enseñanza en las escuelas superiores y a la formación; a la conservación y a la multiplicación de material vivo para fines médicos, u otros fines científicos, siempre que no pueda procederse de otra manera.

Las experiencias sobre los animales vivos que están sometidas a autorización, no pueden ser ejecutadas sino por personal especializado en las instituciones de educación secundaria, universidades, institutos o laboratorios que dispongan de las instalaciones adecuadas para mantener los animales que están en consideración.

Estas experiencias no pueden ser ejecutadas sino bajo la dirección de un especialista experimentado, y por personas que dispongan de los conocimientos profesionales y de la formación práctica necesaria, bajo la supervisión de un médico veterinario.

Antes, durante y después de las experiencias, los animales deben ser alimentados, mantenidos y deberán propiciárseles todos los cuidados médicos, según los conocimientos más recientes”.

⁴ Se refiere al dictamen de la Contraloría General de la República N°20.780-2019. Éste sobre el particular había sostenido que “el legislador ha entregado a dicho comité la fijación de su ‘régimen’ de organización y funcionamiento, esto es, en concordancia con la acepción pertinente del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la determinación del conjunto de normas por las que aquel debe regirse. Así, de acuerdo a esa facultad, corresponde al aludido cuerpo colegiado definir las reglas con arreglo a las cuales cumplirá sus funciones, es decir, las que precisen la forma, lugar y oportunidad en que sesionará; el quórum conforme al cual adoptará sus acuerdos y la manera en la que resolverá sus empates, entre otras regulaciones de similar naturaleza.”. Agregando que, “en atención a los términos amplios de la referida atribución, el aludido cuerpo colegiado cuenta con libertad para fijar tal regulación, sin necesidad de supeditarse al efecto a parámetros determinados ni a formalidades especiales”, lo que, en todo caso, “no puede significar desvirtuar la naturaleza de la institución creada por la ley, de manera que no es posible entender que, con ocasión del establecimiento del régimen de organización y funcionamiento del mencionado comité, se cree un ente distinto a este” (lo que ocurriría, por ejemplo, si se constituyera en una asociación de derecho privado). En suma, “el Comité de Bioética Animal cuenta con libertad para establecer su propio régimen de organización y funcionamiento, no procede que se constituya como una persona jurídica de derecho privado, pues la ley no ha contemplado tal posibilidad”.

3. Sirve funciones públicas.

Agrega que “debe considerarse [...] que fue creado como un organismo de carácter técnico que cumple funciones públicas, que satisface necesidades de esta naturaleza con carácter permanente, por cuanto el legislador le ha otorgado de manera expresa atribuciones destinadas a cautelar intereses generales de la comunidad nacional, en el contexto de la fijación de un marco jurídico dirigido a la protección de los animales, ante la necesidad de contar con directrices bajo las cuales podrán desarrollarse los experimentos en animales vivos y absolver las consultas que en dicho ámbito se formulen”.

4. Es un órgano creado para el cumplimiento de la función administrativa: se rige por los principios del Derecho Administrativo (y por la Ley N° 19.880).

Precisa que, tratándose de un “órgano creado por el legislador para el cumplimiento de la función administrativa, se encuentra sujeto a los principios constitucionales de legalidad, transparencia, publicidad y probidad que rigen la función pública, y ante la omisión del legislador en la materia, es necesario recurrir a la ley N°19.880, aplicable a la generalidad de los organismos que integran la Administración del Estado, para los efectos del ejercicio de sus atribuciones”.

5. Ejerce sus atribuciones a través de acuerdos.

Señala que, “en cuanto a la forma que deberían tomar los acuerdos que se adopten, es necesario tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 3 de la ley N°19.880, según el cual [...] las decisiones de los órganos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente. En este orden de ideas, las decisiones del Comité deben adoptarse a través de ‘acuerdos’, dado su carácter de órgano pluripersonal, los que deben llevarse a efecto mediante resoluciones de su autoridad ejecutiva”. Y agrega que “sus resoluciones de efectos individuales se pondrán en conocimiento de los interesados mediante su notificación por carta certificada, conforme con los artículos 45 a 47 de la ley N°19.880, y aquellos de efectos generales deberán publicarse en el Diario Oficial, según lo dispuesto en los artículos 48 y 49 de ese cuerpo normativo”.

6. Corresponde al comité fijar su “régimen” de organización y funcionamiento, lo que incluye fijar la autoridad ejecutiva.

Sostiene que “compete al propio cuerpo colegiado establecer sus reglas de funcionamiento, entre las cuales se encuentra la de fijar la anotada superioridad” (es decir, la autoridad ejecutiva).

7. En cuanto a la “labor” de “absolver las consultas que se le formulen al efecto”.

Al efecto precisa que, “en cuanto al alcance de la labor que el artículo 8 de la ley N°20.380 le encomienda al Comité, en orden a ‘absolver las consultas que se le formulen al efecto’, cabe concluir que, como se desprende del tenor de esa disposición, esa tarea está referida a la atención de las interrogantes que se le planteen respecto de las directrices bajo las cuales podrán desarrollarse los experimentos en animales vivos que imparta, las que, en todo caso, deben emitirse conforme a las normas de esa ley”.

8. Fiscalización del cumplimiento de las directrices.

En relación a la consulta sobre “cuál es el organismo encargado de fiscalizar el cumplimiento de las directrices que el Comité imparta, cuestión que la ley N°20.380 omite regular”, el dictamen dispone que “al ser los actos de aquel de carácter administrativo, corresponde a esta Contraloría General ejercer el control de legalidad de los mismos, de conformidad con el artículo 98 de la Constitución Política”.

Así, pareciera que este Ente de Control no dictaminó en relación a este asunto consultado - determinar cuál es el órgano encargado de fiscalizar el cumplimiento de las “directrices” impartidas por dicho comité-, sino sobre otro distinto: el control de legalidad de aquéllas.

IV. COMENTARIO

Al efecto, distinguiremos entre: (1) Los comentarios sobre el dictamen, y (2) La consulta no resuelta por éste, esto es, la relativa a determinar cuál es el organismo encargado de fiscalizar el cumplimiento de las “directrices” impartidas por el Comité de Bioética Animal (cuestión referida en el párrafo inmediatamente anterior).

1. Comentarios.

a. Potestad dictaminante en relación al Comité de Bioética Animal

Dada la escasa regulación legal sobre el Comité de Bioética Animal, contenida en los transcritos artículos 8 y 9 de la Ley N°20.380, sobre Protección de Animales, y la remisión que ésta realiza a dicho organismo a fin de que fije su régimen de organización y funcionamiento, son muchas las dudas que han surgido al respecto (y surgirán, por cierto). Con todo, éstas, en gran parte, pueden ser subsanadas a través de la interpretación administrativa que realiza la Contraloría General de la República, a través del ejercicio de su potestad dictaminante⁵, y de lo que precisamente da cuenta este dictamen⁶.

Apuntado lo anterior, una primera lectura de este dictamen nos lleva a sostener que con él la Contraloría General de la República, atendidas las escasas normas que regulan al comité, así como también por su singularidad sino excepcionalidad dentro de la organización administrativa chilena, está “haciendo camino al andar”, lo que se evidencia en al menos tres hechos: (1) Efectúa una aproximación un tanto imprecisa a la naturaleza jurídica del Comité de Bioética Animal, ya que la califica con tres expresiones distintas, a saber: “órgano colegiado autónomo”, “órgano creado para el cumplimiento de la función administrativa” y “organismo de carácter técnico que cumple funciones administrativas”. (2) Asimismo, respecto a sus funciones, ya que las denomina “labores” o “tareas” (no potestades), y respecto a su ejercicio, pues señala que éste se materializa en “actos [...] de carácter administrativo” (no actos administrativos) o bien que sus decisiones “deben adoptarse a través de ‘acuerdos’, dado su carácter de órgano pluripersonal” (como si esos ‘acuerdos’, entre comillas, no fueran de aquéllos a los que se refiere la Ley N°19.880, sobre Bases

⁵ Artículo 6 de la Ley N°10.336 Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

⁶ Al respecto, véase: Román Cordero, Cristian (2018a), pp. 389 - 434.

de los Procedimientos Administrativos, como hipótesis de actos administrativos⁷). (3) No cita dictámenes previos (salvo dos, uno referido al propio comité⁸ y otro relativo a la Corporación Nacional Forestal⁹), de lo que es posible colegir que este asunto le ha resultado tan novedoso y excepcional que no ha podido “vincularlo” con su “jurisprudencia administrativa” como es su práctica en el ejercicio de su potestad dictaminante.

Tales singularidades –sino excepciones– de este comité, a la luz de la organización administrativa chilena, son, entre otras: (1) Se trata de un organismo creado por ley, al cual ésta le establece sus funciones e integración, y le confiere la facultad para fijar su régimen de organización y funcionamiento¹⁰. (2) Se trata de un organismo cuyo cometido, atendido su nombre, está referido a la bioética o, si se quiere, a la ética (en relación a “experimentos en animales vivos”). (3) Su función pública, en orden a satisfacer necesidades públicas en forma permanente, consiste en “impartir directrices” bajo las cuales podrán desarrollarse tales experimentos, “conforme a las normas de esta ley” (y, además, “absolver las consultas que se le formulen al efecto”). (4) La ley no le señala vínculo alguno con la Administración Central, a través de un ministerio, en circunstancias de que esto es lo habitual respecto de los órganos de la Administración, y en especial respecto de los servicios públicos¹¹.

b. Naturaleza jurídica del Comité de Bioética Animal

En relación a esta materia, este dictamen establece tres afirmaciones:

(i) Integra la Administración del Estado. La Contraloría General de la República entiende que este comité sí integra la Administración del Estado. Por lo pronto, ello se revela por el sólo hecho de que ésta haya expedido el dictamen en comentario (y uno anterior)¹². Y, a mayor abundamiento, así lo afirma en éste, al sostener que le aplica la Ley N°19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, como “a la generalidad de los organismos que integran la Administración del Estado”. Con todo, cabe destacar que no podría ser de otro modo, porque, siendo dicho comité un órgano del Estado, y al no integrar el Congreso Nacional ni el Poder Judicial, por descarte, no cabe sino concluir que integra su Administración¹³.

⁷ Artículo 3, inciso 7, de la Ley N°19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.

⁸ Dictamen de la Contraloría General de la República N°20.780-2019.

⁹ Dictamen de la Contraloría General de la República N°E33.624-2020.

¹⁰ Artículo 9, inciso 2, de la Ley N°20.380, sobre Protección de Animales.

¹¹ Artículo 28 de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración, el cual dispone: “Artículo 28. Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 22, inciso tercero, y 30.

La ley podrá, excepcionalmente, crear servicios públicos bajo la dependencia o supervigilancia directa del Presidente de la República”.

¹² Artículo 6 de la Ley N°10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, el cual dispone: “Artículo 6. Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”.

¹³ Este criterio ha sido aplicado por el Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, en su sentencia Rol N°1.892, analizando la naturaleza jurídica de la Universidad de Chile, sostuvo: “Que, asumida esta identidad de la Universidad de Chile, como institución estatal con personalidad jurídica propia de derecho público, entonces su más elemental aplicación es

(ii) No es servicio público. La Contraloría General de la República, en el dictamen en comento, descarta, implícitamente, que este comité sea propiamente un servicio público¹⁴, al afirmar que dicho organismo no guarda vínculo alguno con un ministerio -ni directamente con el Presidente de la República-, lo que es característico de éstos¹⁵.

(iii) Entonces: ¿Qué es? Ahora bien, lo cierto es que integran la Administración del Estado no sólo los servicios públicos, sino que también los organismos creados para el cumplimiento de la función administrativa (creados por ley o por servicios públicos -expresamente facultados para ello¹⁶-). Y precisamente en ellos es posible catalogar al Comité de Bioética Animal. De ahí que sea correcto el planteamiento efectuado por este dictamen en este sentido, y además, pertinente la vinculación que realiza, al menos indirectamente, con la Corporación Nacional Forestal (CONAF), al citar un dictamen a ésta referido (que, en lo medular, estableció la aplicación a su respecto de la Ley N°19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos), toda vez que ésta no es un servicio público (Administración desde una perspectiva orgánica), mas sí un órgano creado para el cumplimiento de la función administrativa (Administración desde una perspectiva funcional)¹⁷.

En suma, coincidiendo con lo planteado por este dictamen, estimamos que el Comité de Bioética Animal es un órgano creado por ley para el cumplimiento de la función administrativa, y que por ello, en conformidad a lo previsto en el artículo 1 de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en tal calidad, la integra; mismo que, con un marcado carácter técnico (si la ética puede entenderse dentro de ese concepto), tiene atribuidas determinadas e importantes funciones públicas como son “impartir directrices bajo las cuales podrán desarrollarse los experimentos en animales vivos conforme a las normas de esta ley” y “absolver las consultas que se le formulen al efecto”.

c. Ejerce funciones públicas

Conforme a la Ley N°20.380, sobre Protección de Animales, “sin perjuicio de las facultades de los ministerios para proponer y evaluar políticas y planes”, corresponde al Comité de Bioética Animal: (i) “impartir directrices bajo las cuales podrán desarrollarse los experimentos en animales vivos conforme a las normas de esta ley”, y (ii) “absolver las consultas que se le formulen al efecto”.

Ahora bien, en una primera aproximación, podemos señalar que la primera función tiene un carácter general, en tanto que la segunda, uno singular; que la primera se ha de ejercer de oficio o a instancia de particulares, en cambio la segunda, sólo a instancia de particulares; y que, en

que necesariamente debe subsumirse en algunas de las clases genéricas con que la Constitución concibe al Estado. E integrar, por tanto, su Administración, habida cuenta que no cabe enmarcarla en el Poder Judicial ni en el Congreso Nacional, ni ha sido incorporada expresamente en el texto supremo en una categoría diferenciada, al modo del Ministerio Público o del Tribunal Constitucional”.

¹⁴ Artículo 1 de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

¹⁵ Artículo 28 de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

¹⁶ Artículo 6 de la Ley N°10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

¹⁷ En específico, se trata de una corporación de derecho privado creada a instancia pública, a la cual el Decreto Ley N°701-1974 y la Ley N°20.583, sobre Fomento del Bosque Nativo, le atribuyeron potestades públicas (en relación a este último cuerpo legal, con reparos del Tribunal Constitucional -véase sentencia Rol N°1.024-), que integra la Administración del Estado, a título de órgano creado para el cumplimiento de la función administrativa, y que es el ejemplo paradigmático en Chile de lo que se ha venido en denominar “Administración Paralela” o “Administración Invisible”. Al respecto, véase: Román (2011), pp. 283-304.

relación a la primera, la “directriz” ha de ser publicada, en cambio en relación a la segunda, la respuesta a la consulta, ha de ser notificada.

Analizadas ambas funciones con mayor detalle, pareciera que, en esencia, se trata de una sola, “impartir directrices”, de suerte tal que la segunda (la de “absolver las consultas”) es sólo una forma de concreción de la primera en relación a un caso concreto y a instancia de un particular (de hecho, ha de tener en consideración las “directrices” impartidas). Y así lo entendió la Contraloría General de la República en el dictamen en comento, al señalar, en relación a esta segunda función, que “está referida a la atención de las interrogantes que se le planteen respecto de las directrices bajo las cuales podrán desarrollarse los experimentos en animales vivos que imparta”. De ahí que sostengamos que el Comité de Bioética Animal tiene una sola función, cual es impartir tales “directrices”, la que, en todo caso, puede ser ejercida en dos formas: (i) “impartiéndolas” (con alcance general), o bien (ii) resolviendo consultas respecto de ellas (con alcance singular).

Desde ya, cabe destacar la ambigüedad de la función de “impartir directrices”, lo que queda de relieve, por un parte, por el nombre que la ley le da, y por otra, por el nombre que no le da (o bien evita). En cuanto a lo primero, porque la nombra “impartir directrices”, y una “directriz”, conforme señala el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es “1.- adj. Dicho de una cosa: Que dirige. Ideas. Líneas directrices de un proyecto. 2.- adj. Geom. Dicho de una línea, de una superficie o de un sólido: Que determina las condiciones de generación de otra línea, superficie o sólido. [...] 3.- Instrucción o norma que ha de seguirse en la ejecución de algo”¹⁸; y en cuanto a lo segundo, porque no la nombró de un modo habitual en el Derecho Administrativo como sería, por ejemplo, “dictar normas”, “impartir instrucciones” o “interpretar administrativamente” (las que, en principio, podrían comprenderla o bien asemejarse), y en cuyo caso hubiese sido indubitable su carácter de potestad administrativa (con todas las consecuencias jurídicas que ello importa).

Y esto pareciera advertirlo, y a la vez compartirlo el dictamen en comento, pues denomina a las funciones del Comité de Bioética Animal, genéricamente, como “labores” y “tareas” (no potestades), y, asimismo, en otras partes, señala que ellas se materializan en “actos [...] de carácter administrativo” (no actos administrativos) y que las “decisiones del Comité deben adoptarse a través de ‘acuerdos’, dado su carácter de órgano pluripersonal” (como si tales ‘acuerdos’, entre comillas, no fueran de aquellos a los que se refiere la Ley N°19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, como una forma de acto administrativo).

Con todo, pareciera que la función del Comité de Bioética Animal de “impartir directrices” faculta a ésta para, sin pretender agotar el tratamiento jurídico/ético de los experimentos en animales vivos, establecer ciertos límites, indicativos y/o periféricos, dentro de los cuales ellos pueden válidamente ejecutarse. Serían, por tanto, algo así como “instrucciones-marco”.

Preciso es, en consecuencia, analizar en especial la fuerza vinculante de tales “directrices”. Pues bien, a nuestro juicio, al efecto necesario es prescindir de la discusión sobre si la función de impartirlas trata o no de una potestad pública, o bien, si ellas son o no actos administrativos, o bien, en relación a su ejercicio, si cabe aplicarle o no, supletoriamente, la Ley N°19.880, sobre

¹⁸ Disponible en: <https://dle.rae.es/directriz>

Bases de los Procedimientos Administrativos, y centrarse en el contenido de éstas. Y al respecto creemos que éste puede ser: (1) estrictamente jurídico (único supuesto sobre el cual razonó el dictamen en comento), o (2) estrictamente bioético/ético. Veamos a continuación las diferencias de las “directrices” del Comité de Bioética Animal con uno y otro contenido.

(i) “Directrices” de contenido estrictamente jurídico. La Ley N°20.380, sobre Protección de Animales, señala que al Comité de Bioética Animal corresponde “impartir directrices bajo las cuales podrán desarrollarse los experimentos en animales vivos conforme a las normas de esta ley”, y como estas normas no son adjetivas (porque dicha ley le ha atribuido fijar su propio régimen de funcionamiento), no cabe sino concluir que ellas son de carácter sustantivo. De esta forma tales “directrices” vendrían a ser, conforme se ha observado, una suerte de “instrucciones-marco” que deben conformarse a lo establecido en dicha ley, en especial en sus artículos 6, 7 y 10. Así planteado, el contenido de estas “directrices” sería estrictamente jurídico. Y en base a este único supuesto razonó el dictamen en comento, toda vez que refirió que esta función del comité era “estricta y reglada”, y replicando a la señalada ley, agregó que tales “directrices” “deben emitirse conforme a las normas de esa ley”.

Así, respecto de las “directrices” de contenido estrictamente jurídico, cabría concluir que su fuerza vinculante, en tanto concretizan la Ley N°20.380, sobre Protección de Animales, en relación a experimentos en animales vivos, viene dada precisamente por esta ley. Y a lo cual se suma la coordinación a la que se refiere su artículo 8, y a la que están afectas “las instituciones involucradas en la materia”, sean estas públicas o privadas, misma que les impone deberes en pos de una “unidad de acción” al respecto (en el plano jurídico)¹⁹.

Con todo, cabe apuntar tres problemas que generan estas “directrices” de contenido estrictamente jurídico: (1) El Comité de Bioética Animal deja de ser, en puridad, un órgano de bioética/ética, y se constituye en un órgano de ejecución normativa; (2) Limita el contenido de sus “directrices”, circunscribiéndolas a la concreción de los preceptos legales antes referidos (sin que puedan excederlos, por ejemplo, introduciéndose en materias de bioética/ética, sin cobertura en ellos, ya que en tal caso serían ilegales), y (3) Permite sostener la admisión de un control de legalidad de sus “directrices”, en aspectos sustantivos, por parte de la Contraloría General de la República.

Esto último permitiría, por ejemplo, que particulares requieran a la Contraloría General de la República pronunciamiento sobre la legalidad de tales “directrices”, en materias sustantivas, y el dictamen que aquélla expida vincular al Comité de Bioética Animal. Y precisamente así lo ha estimado dicho Ente de Control, al señalar en el dictamen en comento que, “al ser los actos de aquel de carácter administrativo, corresponde a esta Contraloría General ejercer el control de legalidad de los mismos, de conformidad con el artículo 98 de la Constitución Política”. Al respecto tenemos serios reparos, pues estimamos que el límite obvio de su potestad dictaminante es la atribución posterior de potestades interpretativas o funciones de análoga naturaleza a órganos administrativos²⁰, y en especial cuando éstas se singularizan por su *expertise* técnica, y máxime cuando se hallan “extramuros” del Derecho, tal como acontece con la bioética/ética.

¹⁹ Artículo 5, inciso 2, de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que dispone: “Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones”.

²⁰ En este sentido, Alejandro Guzmán (2014) estima que la proliferación de la atribución de esta potestad a órganos de la Administración distintos de la Contraloría General de la República radicó en el hecho que “los gobiernos se interesaron

(ii) **“Directrices” de contenido estrictamente bioético/ético.** Otra interpretación posible, que en lo absoluto consideró el dictamen en comento, es que si bien la Ley N°20.380, sobre Protección de Animales, permite al Comité de Bioética Animal “impartir directrices bajo las cuales podrán desarrollarse los experimentos en animales vivos conforme a las normas de esta ley”, esto no obsta a que aquél pueda expedir “directrices” de contenido estrictamente bioético/ético, en materia de experimentos en animales vivos, incluso más allá de “las normas de esta ley”, innovando.

Estimamos que ello sí es posible, pues al fin y al cabo, se trata de un organismo encargado de la bioética/ética en relación a tales experimentos, tal como expresamente lo pone de relieve el nombre que la propia ley le ha otorgado, mismo que precisa su cometido institucional, esto es, el fin de su actuación y su función genérica (llamada por algunos función-fin). A esta idea alude, aunque con imprecisión, el dictamen en comento, en tanto señala que el comité es un “organismo de carácter técnico que cumple funciones administrativas” (sin perjuicio de que la ética es muy distinta de la técnica). Sostener lo contrario, esto es, que aquél no puede impartir “directrices” de contenido estrictamente bioético/ético, sino sólo de contenido estrictamente jurídico, dejaría sin efecto práctico la disposición legal que, al darle el nombre al señalado comité, a la vez, le estableció su cometido institucional, y asimismo, desprotegería, en parte, el relevante interés público que la ley le ha encargado tutelar.

A mayor abundamiento, estimamos que este comité, en cuanto imparta “directrices” de contenido estrictamente bioético/ético, más allá de lo establecido en la Ley N°20.380, sobre Protección de Animales, aunque siempre en lo referido a los experimentos en animales vivos, siguiendo la dicotomía d’orsiana *auctoritas-potesta*²¹, obraría como un órgano dotado con *auctoritas*, esto es, en base a un conocimiento socialmente reconocido, cualidad que acredita y releva su singular integración²². Y quizás esto explique el hecho que el Legislador haya configurado su función como impartir “directrices”, ya que éstas parecen más propicias para las prescripciones bioéticas/éticas, que para las prescripciones jurídicas.

Ahora bien, podría pensarse que las “directrices” de contenido estrictamente bioético/ético que expida el Comité de Bioética Animal no tendrían fuerza vinculante, y que, a lo más, podrían entenderse como “invitaciones” a su cumplimiento por parte de las “instituciones involucradas en la materia”. Estimamos que ello no es así. Tales “directrices” sí tienen fuerza vinculante, aunque distinta a la de aquéllas de contenido estrictamente jurídico, ya que en este caso dicha fuerza se funda en: (1) la *auctoritas* del comité, esto es, su saber socialmente reconocido; (2) el contenido bioético/ético de ellas, y (3) la coordinación a la que se refiere su artículo 8 de la Ley N°20.380, sobre Protección de Animales, a la que están afectas “las instituciones involucradas en la materia”, sean éstas públicas o privadas, misma que les impone deberes en pos de una “unidad de acción” al respecto (en el plano bioético/ético).

A fin de entender cómo opera dicha fuerza vinculante, preciso es destacar que la bioética/ética es un “mundo” en paralelo al “mundo” jurídico, sin perjuicio de que, en múltiples oportunidades, muchas disposiciones de la primera se “juridifican”, esto es, son comprendidas –sino “capturadas”– por normas jurídicas, razón por la que sus infracciones son sancionadas tal como

en ella como manera de restringir la influencia de la Contraloría General de la República en la interpretación de las leyes administrativas” (Guzmán, 2014, p. 19).

²¹ Al respecto, véase: Domingo (1999).

²² Artículo 9 de la Ley N°20.380, sobre Protección de Animales.

éstas, y muy habitualmente a través del régimen disciplinario (de organizaciones públicas o privadas²³). En efecto, el régimen disciplinario se estructura en base a un conjunto de deberes a los que están afectos quienes integran una organización, de contenido jurídico y/o ético, y que se reúnen en un cuerpo normativo que toman muchos nombres, entre ellos “código de ética”, y cuyas infracciones son sancionadas por órganos que toman muchos nombres, entre ellos “tribunal de ética”.

Así, por ejemplo, en relación a los experimentos en animales vivos, son varias las “instituciones involucradas en la materia” (por ejemplo, universidades) que cuentan con su propia normativa bioética/ética, y así las infracciones a ésta, en la que incurran quienes se vinculan a tales instituciones a través de una relación de especial sujeción (por ejemplo, funcionarios, investigadores, estudiantes, etcétera), son sancionadas a través de sus respectivos regímenes disciplinarios.

Ahora bien, en este “mundo” de la bioética/ética, estructurado de esa manera, la coordinación que las “instituciones involucradas en la materia” deben a las “directrices” estrictamente bioéticas/éticas que el Comité de Bioética Animal imparta, impone a éstas, en específico, el deber de incorporarlas en sus respectivos “códigos de ética”, propiciando con esto, por una parte, un efecto unificador y uniformador de la normativa bioética/ética en todas ellas, y por otra, un reforzamiento de la fuerza vinculante de tales “directrices”, toda vez que las infracciones a ellas, en las que incurran quienes se vinculan a tales instituciones a través de una relación de especial sujeción, deberán ser sancionadas a través de sus respectivos regímenes disciplinarios (y sin ser admisible el ejercicio del llamado principio de oportunidad²⁴).

Finalmente, cabe puntualizar que, respecto de estas “directrices”, de contenido estrictamente bioético/ético, impartidas por el Comité de Bioética Animal, son aun más válidas nuestras críticas al pretendido control de legalidad respecto de ellas por parte de la Contraloría General de la República, en aspectos sustantivos, habida consideración su estricto contenido bioético/ético que las singulariza y que excede, sin lugar a dudas, las atribuciones de dicho Ente de Control.

d. Cómo ejerce sus funciones públicas

Otros tópicos que aborda el dictamen en comento son la organización y el funcionamiento del Comité de Bioética Ambiental, esto a propósito de la forma en la que éste debe ejercer sus funciones públicas.

(i) Organización del Comité de Bioética Animal. Sobre este punto, el dictamen en comento nos recuerda que la Ley N°20.380, sobre Protección de Animales, ha atribuido a dicho comité la facultad para fijar su régimen de organización, vale decir, le ha atribuido una amplísima potestad autoorganizatoria (que el dictamen denomina “autoregulación” [sic]), la cual, así planteada, es bastante excepcional en el sistema de organización administrativa chileno, toda vez que, conforme a la Constitución Política de la República, sólo a la ley (de iniciativa presidencial) corresponde

²³ Al respecto, véase: Román (2018b), pp. 115-139 y Román (2020), pp. 155-170.

²⁴ Esto, como potestad discrecional, se ha admitido en el ejercicio de potestades sancionadoras. Al respecto véase: Dictamen de la Contraloría General de la República N°13.758-2019.

fijarla²⁵, sin perjuicio de alguna interpretación más laxa que el Tribunal Constitucional ha sostenido al respecto en el último tiempo²⁶.

Con todo, el dictamen precisa que “el ejercicio de la referida facultad de autoregulación no puede desvirtuar la naturaleza de la institución creada por la ley, de manera de crear un ente distinto a aquella”. Esto a propósito de la eventual creación, en base a esta potestad, de una corporación o fundación de derecho de privado instrumental por parte del señalado comité. Si bien lo afirmado por este dictamen se ajusta a lo establecido en el artículo 6 de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (que exige una habilitación legal expresa para ello), no podemos dejar de observar que es posible una interpretación distinta, que sí lo permita, en razón de al menos dos fundamentos, uno de derecho y otro de hecho. (i) El fundamento de derecho: tal habilitación legal para crear entidades instrumentales puede entenderse comprendida en la amplia –y singular- facultad que la Ley N°20.380, sobre Protección de Animales, otorga al comité para fijar su organización, y (ii) La mantención del actual diseño institucional, que otorga al propio comité la facultad para fijar su organización, pero entendida restrictivamente, en la práctica, dificulta su funcionamiento, con manifiesta incidencia en la protección del relevante interés general que le corresponde tutelar. En otras palabras: *summa ius, summa iniuria*.

Con todo, e independientemente de lo antes señalado, pareciera conveniente que el Legislador, por una parte, le fije al comité una organización básica, y por otra, le otorgue medios materiales, financieros y personales.

(ii) Funcionamiento del Comité de Bioética Animal. Una de las consultas efectuadas a la Contraloría General de la República por el requirente de este dictamen, fue determinar cómo debía funcionar el comité, en cuanto al ejercicio de sus funciones, y en especial cómo debía adoptar sus decisiones y cómo materializarlas.

Al efecto, el dictamen nos recuerda, igualmente, que la Ley N°20.380, sobre Protección de Animales, atribuye a este comité la facultad para fijar su funcionamiento, y a lo cual agrega que, en defecto de su regulación (interna) o frente a vacíos o imprecisiones de la misma, aplica supletoriamente la Ley N°19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos. Así concluye que, al tratarse de un órgano colegiado, aquél adopta decisiones a través de “acuerdos” que han de llevarse a efecto mediante resoluciones de su autoridad ejecutiva, misma que se debe determinar conforme a las normas de organización que el mismo se fije.

Estimamos que, en la especie, tal aplicación supletoria de la Ley N°19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, viene dada sólo por fines ordenatorios en relación al ejercicio de sus funciones, y respecto de prácticas básicas de cualquier órgano colegiado. Mas no necesariamente porque le haya dado el carácter de potestad pública al “impartir directrices”, y de actos administrativos a las “directrices”, calificación que quiso evitar, conforme hemos observado con anterioridad.

²⁵ Artículo 65, inciso 4, N°2, de la Constitución Política de la República.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°2.367.

Con todo, no podemos dejar de observar que la aplicación supletoria *in extenso* de esta ley podría rigidizar el ejercicio de las funciones del comité, razón por la cual pareciera conveniente que, para evitarlo, éste fije clara y detalladamente su régimen de funcionamiento al respecto.

2. Consulta no resuelta.

La consulta no resuelta por el dictamen fue: ¿A quién corresponde fiscalizar el cumplimiento de las “directrices” del Comité de Bioética Animal? Y nosotros agregamos otra: ¿Cómo?

a. ¿Quién?

Estimamos que la fiscalización del cumplimiento de las “directrices” impartidas por el Comité de Bioética Animal, en defecto de una norma legal expresa que la atribuya a algún órgano en específico, corresponde a él mismo. Ello por cuanto, en esta hipótesis, la función de fiscalizar su cumplimiento debe entenderse implícita en su función de impartirlas.

Y ésta ha sido la tesis sostenida por la Corte Suprema en casos similares. Así, por ejemplo, respecto de la Dirección General de Aguas, que por ley expresa tiene atribuida la potestad para aprobar Obras Hidráulicas Mayores, mas no la potestad para fiscalizar que tales obras sean ejecutadas en los términos aprobados, ha reconocido a esta última como implícita de la primera. En efecto, en lo medular, señaló: “Que, en este contexto normativo y fáctico, surge de manera natural y obvia el contenido y extensión de las facultades y deberes que correspondía a la Dirección General de Aguas desplegar en la especie. En efecto, queda en evidencia, que la obligación de la reclamada, no se limita a la sola aprobación de los proyectos que le presentan los particulares, sino que, además, es intrínseco a su función fiscalizadora que éstos, sí se ejecutan, para que puedan operar, deban hacerlo conforme a dicha aprobación, más aun si se reciben denuncias en las cuales se acusa, justamente, el incumplimiento de la normativa técnica y legal, -que se supone, se encuentra previamente visada por la autoridad, como la correcta-, siendo la resolución en virtud de la cual se concede la recepción de las obras, la única forma de verificar dicho cumplimiento. [...] Entender lo contrario sería desconocer la exégesis lógica que debe efectuarse de las normas citadas y del ordenamiento jurídico que reglamente la materia, así como también, los fines y el propósito de la Dirección General de Aguas, en definitiva, soslayar el fin último del Estado, esto es, la protección del bien común”²⁷.

b. ¿Cómo?

Por lo pronto, cabe destacar que si, en el contexto de tal fiscalización, el comité constata infracciones de sus “directrices” por parte de las “instituciones involucradas en la materia” o de personas vinculadas a éstas, no puede sancionar directamente, pues la potestad sancionadora debe ser atribuida por ley en forma expresa, lo que no acontece en la especie²⁸.

Entonces: ¿Cómo puede hacerlo? Creemos que, atendida la singularidad y excepcionalidad de este organismo, en especial por el ámbito en el que se desenvuelve, y en virtud del criterio de vinculación negativa a la legalidad, ello puede hacerse al menos de dos maneras:

²⁷ Sentencia de la Corte Suprema Rol N°26.650-2018.

²⁸ Dictamen de la Contraloría General de la República N°42.064-2010.

(i) Respeto de las “instituciones involucradas en la materia”. Fomentar el que éstas se sujeten a sus “directrices”, por ejemplo, que los recepcionen en sus respectivos “códigos de ética”, lo que se puede hacer a través de *nudges*²⁹, esto es, “empujoncitos” o “acicates”, tal como, por ejemplo, otorgar a tales entidades que cumplan sus “directrices” un “sello”, que podría denominarse “sello de bioética animal” -y mientras no incurran en incumplimientos-, y al cual, por cierto, ellas querrán acceder -y conservar- por múltiples razones tales como, por ejemplo, mayor prestigio institucional, posicionar una marca, diferenciar a un determinado producto en el mercado, etcétera (y en este sentido, cabe destacar que muy probablemente muchas sean las personas que conformarán sus decisiones, especialmente de consumo, en función a la posesión o no del señalado “sello”).

(ii) Respeto a quienes estén vinculados a “instituciones involucradas en la materia”. Denunciar a estas instituciones los incumplimientos de sus “directrices” (recepcionadas en sus “códigos de ética”) en los que hayan incurrido quienes están vinculados a ellas a través de una relación especial de sujeción (funcionarios, investigadores, estudiantes, etcétera), a fin de que éstas inicien en su contra el procedimiento disciplinario y, si es del caso, los sancionen en esta sede.

V. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones, podemos señalar:

(i).- El Comité de Bioética Animal tiene atribuida por la Ley N°20.380, sobre Protección de Animales, la función pública de impartir “directrices” en relación a experimentos en animales vivos, la que puede ejercer con alcance general o con alcance singular (y en este último caso, respondiendo las consultas que se le formulen). Tales “directrices”, sin pretender agotar el tratamiento jurídico/ético de los experimentos en animales vivos, pueden establecer ciertos límites, indicativos y/o periféricos, dentro de los cuales ellos pueden válidamente ejecutarse. Serían, por tanto, algo así como “instrucciones-marco”.

(ii).- Las “directrices” que imparte el Comité de Bioética Animal pueden tener un contenido estrictamente jurídico o estrictamente bioético/ético. En el primer caso, concretiza lo que al respecto establece la Ley N°20.380, sobre Protección de Animales, y así tales “directrices” tienen fuerza vinculante respecto de las “entidades involucradas” en razón de dicha ley y el principio de coordinación al que éstas están afectas, y eventualmente pueden ser sometidas al control de legalidad por parte de la Contraloría General de la República, en aspectos sustantivos. En el segundo caso, tales “directrices” pueden ir más allá de lo establecido por la señalada ley, siempre que se hallen en el plano bioético/ético y digan relación con experimentos en animales vivos, y tienen fuerza vinculante en base a la *autoritas* de dicho comité, al carácter bioético/ético de las mismas y al principio de coordinación al que las “entidades involucradas” están afectas (lo que se concretiza, especialmente, a través de la incorporación de ellas en los “códigos de ética” de tales entidades y la sanción de sus infracciones a través de sus respectivos regímenes disciplinarios), y no podrían ser sometidas al control de legalidad por parte de la Contraloría General de la República, en aspectos

²⁹ Al respecto, véanse: Sunstein (2013), Sunstein (2014), y Tahler y Sunstein (2008).

sustantivos, entre otras razones, por su carácter bioético/ético, distinto del jurídico, que le es completamente ajeno.

(iii).- En cuanto a la organización y funcionamiento el Comité de Bioética Animal, por disposición legal expresa, éste puede fijar su propio régimen. En relación a la primera, y en cuanto a lo expresado en este dictamen respecto a que el comité no puede crear una corporación o fundación de derecho privado instrumental, creemos que es posible admitir una interpretación jurídica distinta, entendiendo que la habilitación legal para crear tales entidades instrumentales está comprendida en la amplia –y singular- facultad que la Ley Nº20.380, sobre Protección de Animales, otorga a éste para fijar su organización. En relación a lo segundo, y en cuanto a la aplicación supletoria de la Ley Nº19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, estimamos ello obedece sólo a fines ordenatorios en relación al ejercicio de sus funciones, y respecto de prácticas básicas de cualquier órgano colegiado. Con todo, dado que la aplicación supletoria *in extenso* de esta ley podría rigidizar el ejercicio de las funciones del comité, pareciera conveniente que, para evitarlo, éste fije clara y detalladamente su régimen de funcionamiento al respecto.

(iv).- En cuanto a quién corresponde fiscalizar las “directrices” del Comité de Bioética Animal, frente al silencio de la ley, cabe entender que tal función está implícita en su función de impartirlas, razón por la que a aquél corresponde. Con todo, ello no importa que pueda sancionar las infracciones, pues en ese caso se precisa de una norma legal expresa, de la que carece, sino realizar actividades con ese propósito, dentro del principio de legalidad interpretado en clave negativa, por ejemplo: (a) Respecto de las “instituciones involucradas en la materia”: Fomentando el que éstas se sujeten a sus “directrices”, por ejemplo, que los recepcionen en sus respectivos “códigos de ética”, lo que se puede hacer a través de *nudges* como, por ejemplo, otorgar a tales entidades que cumplan sus “directrices” un “sello”, que podría denominarse “sello de bioética animal” -y mientras no incurran en incumplimientos-. (b) Respecto a quienes estén vinculados a “instituciones involucradas en la materia”: Denunciando a estas instituciones los incumplimientos de sus “directrices” (recepcionadas en sus “códigos de ética”) en los que hayan incurrido quienes están vinculados a ellas a través de una relación especial de sujeción (funcionarios, investigadores, estudiantes, etcétera), a fin de que éstas inicien en su contra el procedimiento disciplinario y, si es del caso, los sancionen en esta sede.

BIBLIOGRAFÍA

- Domingo, R. (1999). *Auctoritas*. Madrid: Ariel Derecho.
- Guzmán, A. (2014). *La interpretación administrativa en el Derecho Chileno*, Santiago: Legal Publishing.
- Ponce de León, V. (2019). El Nudge, su aplicación al Derecho Chileno y sus potenciales problemas de constitucionalidad, *Revista Chilena del Derecho*, 46(2), 345 - 371.
- Román, C. (2011). La para-Administración: corporaciones y fundaciones de Derecho Privado creadas a instancia pública. En: A. Vergara Blanco y G. Bocksang Hola (Eds.), *Público y Privado en Derecho Administrativo* (pp. 283-304). Santiago: Legal Publishing.
- Román, C. (2014). Servicio Nacional del Consumidor y mediación, *Actualidad Jurídica*, (30), 481-495.
- Román, C. (2018a). Dictámenes de la Contraloría General de la República y acción declarativa de mera certeza. En: *Sentencias Destacadas 2017* (pp., 389-434), Santiago: Libertad y Desarrollo.
- Román, C. (2018b). La sanción administrativa y las fronteras del Derecho Administrativo Sancionador, *Revista Ius Publicum*, (40), 115-139.
- Román, C. (2020). Derecho Administrativo Sancionador en Chile: “Ubicación” y “Límites”, *Revista Derecho y Sociedad, Tomo I*, (54), 155-170.
- Sunstein, C. (2013). *Simpler. The Future of Government*. New York: Simon & Schuster.
- Sunstein, C. (2014). *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale University Press.
- Tahler, R. y Sunstein, C. (2008). *Nudge, Improving Decision About Health, Wealth, and Happiness*, New Heaven: Yale University Press.

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°1.024

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°1.892

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°2.367

Jurisprudencia Judicial

Sentencia de la Corte Suprema Rol N°26.650-2018

Sentencia de la Corte Suprema Rol N°143.849-2020

Jurisprudencia Administrativa

Dictamen de la Contraloría General de la República N°42.064-2010.

Dictamen de la Contraloría General de la República N°13.758-2019

Dictamen de la Contraloría General de la República N°20.780-2019

Dictamen de la Contraloría General de la República N°E51688-2020

Dictamen de la Contraloría General de la República N°E33624-2020

ANEXO: DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA N°E51688-2020

Fecha: 13-XI-2020

Se ha dirigido a esta Contraloría General don Marcelo Mezzano Oyarce, a nombre del Comité de Bioética Animal, creado por el artículo 8° de la ley N° 20.380, sobre Protección de Animales, solicitando un pronunciamiento acerca de cuál sería el ministerio a cuya estructura orgánica procedería incorporar dicho cuerpo colegiado, bajo qué forma y cómo deberían ejecutarse los acuerdos que se adopten, y el alcance de la función que se le encomienda de absolver las consultas que se le formulen.

Las Subsecretarías de Salud Pública; de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación; de Pesca y Acuicultura, y de Desarrollo Regional y Administrativo, emitieron los informes solicitados.

Sobre el particular, cabe señalar que el artículo 8° de la ley N° 20.380, dispone la creación del Comité de Bioética Animal -en adelante también el Comité-, con carácter permanente, al que corresponderá definir, sin perjuicio de las facultades de los ministerios para proponer y evaluar políticas y planes, las directrices bajo las cuales podrán desarrollarse los experimentos en animales vivos conforme a las normas de esa ley; absolver las consultas que se le formulen al efecto y coordinarse con las instituciones involucradas en la materia.

El artículo 9° del mismo texto legal establece la integración del Comité de Bioética Animal, cuyos miembros se desempeñarán ad honorem, por el período de tres años, pudiendo ser nombrados nuevamente para períodos sucesivos y que dicho organismo fijará su propio régimen de organización y funcionamiento.

Enseguida, procede recordar que este Organismo Contralor por el dictamen N° 20.780, de 2019, precisó, en síntesis, que el legislador creó el Comité como un órgano colegiado autónomo de competencia estricta y reglada y le entregó la fijación de su propio régimen de organización y funcionamiento, lo que implica la determinación del conjunto de normas por las cuales ha de regirse, de modo que el ejercicio de la referida facultad de autoregulación no puede desvirtuar la

naturaleza de la institución creada por la ley, de manera de crear un ente distinto a aquella, como ocurriría si se constituyera una persona jurídica de derecho privado, como se sugería en la presentación que dio lugar a ese pronunciamiento.

En este contexto, teniendo en cuenta que el Comité constituye un órgano colegiado autónomo, procede hacer presente que, en dicha calidad, no se encuentra sujeto a la dependencia o tutela de algún ministerio y, por ende, tampoco forma parte de la estructura orgánica de una secretaría de Estado, no siendo posible que por la vía administrativa se establezca una vinculación de esa especie,

Sin perjuicio de lo anterior, debe considerarse que el Comité de Bioética Animal fue creado como un organismo de carácter técnico que cumple funciones públicas, que satisface necesidades de esta naturaleza con carácter permanente, por cuanto el legislador le ha otorgado de manera expresa atribuciones destinadas a cautelar intereses generales de la comunidad nacional, en el contexto de la fijación de un marco jurídico dirigido a la protección de los animales, ante la necesidad de contar con directrices bajo las cuales podrán desarrollarse los experimentos en animales vivos y absolver las consultas que en dicho ámbito se formulen (aplica criterio contenido en el dictamen N° E33624, de 2020).

De este modo, es posible inferir que el Comité, en su calidad de órgano creado por el legislador para el cumplimiento de la función administrativa, se encuentra sujeto a los principios constitucionales de legalidad, transparencia, publicidad y probidad que rigen la función pública, y ante la omisión del legislador en la materia, es necesario recurrir a la ley N° 19.880, aplicable a la generalidad de los organismos que integran la Administración del Estado, para los efectos del ejercicio de sus atribuciones.

Conforme con lo expuesto, en cuanto a la forma que deberían tomar los acuerdos que se adopten, es necesario tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 3° de la ley N° 19.880, según el cual los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos -dictados por el Presidente de la República o por los ministros por orden de aquel- y resoluciones. Agrega este precepto que las decisiones de los órganos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente.

En este orden de ideas, las decisiones del Comité deben adoptarse a través de “acuerdos”, dado su carácter de órgano pluripersonal, los que deben llevarse a efecto mediante resoluciones de su autoridad ejecutiva, la que debe ser determinada por aquel, en atención a que, como se precisó en el anotado dictamen N° 20.780, de 2019, compete al propio cuerpo colegiado establecer sus reglas de funcionamiento, entre las cuales se encuentra la de fijar la anotada superioridad.

De este modo, sus resoluciones de efectos individuales se pondrán en conocimiento de los interesados mediante su notificación por carta certificada, conforme con los artículos 45 a 47 de la ley N° 19.880, y aquellos de efectos generales deberán publicarse en el Diario Oficial, según lo dispuesto en los artículos 48 y 49 de ese cuerpo normativo.

Luego, en relación a la consulta acerca de cuál es el organismo encargado de fiscalizar el cumplimiento de las directrices que el Comité imparta, cuestión que la ley N° 20.380 omite regular, este Organismo Contralor cumple con precisar que, al ser los actos de aquel de carácter

administrativo, corresponde a esta Contraloría General ejercer el control de legalidad de los mismos, de conformidad con el artículo 98 de la Constitución Política.

Finalmente, en cuanto al alcance de la labor que el artículo 8° de la ley N° 20.380 le encomienda al Comité, en orden a “absolver las consultas que se le formulen al efecto”, cabe concluir que, como se desprende del tenor de esa disposición, esa tarea está referida a la atención de las interrogantes que se le planteen respecto de las directrices bajo las cuales podrán desarrollarse los experimentos en animales vivos que imparta, las que, en todo caso, deben emitirse conforme a las normas de esa ley.

Saluda atentamente a Ud.,

JORGE BERMÚDEZ SOTO
Contralor General de la República

Fecha de recepción: 4 de agosto de 2022.

Fecha de aceptación: 1 de diciembre de 2022.

Fecha de publicación: 30 de diciembre de 2022.

ANIMALES, JUECES Y CAMBIO DE PARADIGMA JURÍDICO

ANIMALS, JUDGES AND LEGAL PARADIGM CHANGE

DANIEL MONDACA GARAY¹

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la sentencia en que la Corte Suprema confirmó la inadmisibilidad del habeas corpus en favor de Sandai, la orangután privada de libertad en el BuinZoo y la sentencia del 8° Juzgado Civil de Santiago que acogió una demanda de cese gratuito de bien común proindiviso de dos perros. A continuación, se explica como estas sentencias alteran la forma tradicional de aplicación de las normas de Derecho Animal. Finalmente, se examinan las consecuencias que el desarrollo de la jurisprudencia, de la mano con otros avances, puede tener para el Derecho Animal.

PALABRAS CLAVES: Derecho Animal, habeas corpus, paradigma jurídico, Derecho de Familia, propiedad, Derecho Constitucional, jurisprudencia

ABSTRACT: This paper analyzes the ruling in which the Supreme Court confirmed the inadmissibility of the habeas corpus in favor of Sandai, the orangutan deprived of liberty in the BuinZoo, and the ruling of the 8th Civil Court of Santiago that accepted a claim for free cessation of the joint ownership of two dogs. Next, it is explained how these decisions alter the traditional way of applying the rules of Animal Law. Finally, it examines the consequences that the development of case law, together with other developments, may have for Animal Law.

KEY WORDS: Animal Law, habeas corpus, legal paradigm, Family Law, property, Constitutional Law, case law.

I. ANTECEDENTES

El asunto que aquí se revisa se relaciona con el comportamiento de los jueces en la resolución de conflictos que involucran animales en un contexto de cambio de paradigma jurídico². Si bien el discurso jurídico imperante en Occidente considera a los animales, desde hace siglos, como cosas muebles semovientes, el auge de los estudios de derecho animal ha logrado relevar la

¹ Doctor en Derecho, Universitat de València. Magíster en Derecho, Universidad de Valparaíso. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central. Investigador del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Valparaíso. Docente del programa de Magíster en Derecho Público de la Universidad Mayor, sede Temuco. Correo electrónico: dmondacagaray@gmail.com.

² Entiendo por cambio de paradigma jurídico al proceso en curso de reemplazo de cierta dogmática del derecho por una nueva. Se trata del impacto que ha tenido el avance de los postulados del derecho animal sobre las interpretaciones clásicas y dominantes del estatuto jurídico de los animales, especialmente en materia de tutela constitucional y de derecho de bienes.

consideración de los animales como pacientes morales³ y, en sus versiones más avanzadas, como sujetos no humanos titulares de ciertos derechos⁴. Se trata, pues, de un campo conceptual actualmente en disputa y en el cual los jueces intervienen, a menudo, desde la difícil posición de adjudicar casos complejos en los que aparece —cada vez con mayor frecuencia— un dilema interpretativo: se ha llegado al convencimiento de que los animales son seres sintientes y que el derecho que debe regular la cuestión animal no puede ser solo un derecho de bienes. ¿Qué debe hacerse, entonces, cuando el sistema de fuentes del derecho le indica al juez aplicar normas de derecho civil patrimonial para resolver problemas de orden moral?

Este dilema de razonamiento judicial parece agudizarse en un momento en el que las “placas de la Constitución material” están en movimiento. El paradigma del Estado Constitucional de Derecho ha favorecido una lenta pero sostenida incubación de “nuevas razones jurídicas” que desde hace años vienen floreciendo en forma de derechos y titularidades nuevas⁵, lo que ha implicado un reemplazo de los conceptos habituales del derecho constitucional por otros nuevos en materias tan complejas y diversas como derechos de la infancia, enfoque de género, autodeterminación reproductiva, derechos de la naturaleza y, por cierto, también en el tratamiento jurídico de los animales. El desarrollo progresivo de estos nuevos conceptos encontró en la propuesta de nueva Constitución una proyección en materia de derecho animal que no llegó a consolidarse el 4 de septiembre de 2022: por primera vez en la historia de Chile se reconocería expresamente la sintiencia de los animales; su condición de sujetos de especial protección; y la titularidad de un derecho a vivir una vida libre de maltrato⁶.

Este cambio en los conceptos constitucionales ha venido produciéndose desde hace mucho tiempo y los jueces no han estado ajenos a este devenir. Aunque estas “nuevas razones” han permeado la cultura jurídica de nuestro tiempo, los operadores del derecho continúan utilizando un cuerpo dogmático que no resulta compatible con el contenido material de las nuevas categorías constitucionales de derecho animal⁷. Es aquí donde los jueces, ya sea por el peso de los hábitos o por un acatamiento obediente, utilizan un aparato conceptual desactualizado para resolver controversias sobre animales. Sin embargo, a veces los jueces son conscientes de este atraso conceptual y, entonces, entregan sentencias que muestran cómo estas “nuevas razones” han permeado su interpretación dogmática, aunque aquello implique distorsionar los usos y aplicaciones tradicionales del derecho. Se trata, pues, de un fenómeno que podría ser calificado

³ Una síntesis de la clásica discusión sobre agentes y pacientes morales puede encontrarse en: DE LORA (2003), pp. 135-181.

⁴ La literatura que postula la titularidad de los animales sobre ciertos derechos es vasta y muy nutrida. Un ejemplo, a esta altura clásico, puede encontrarse en: REGAN (2016). En el mismo sentido, véase: PELLUCHON (2018).

⁵ COMANDUCCI (2009) describe a este proceso de incubación como un “neoconstitucionalismo ideológico”. Se trata de un tipo de neoconstitucionalismo que “no se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación”. Véase: COMANDUCCI (2009), pp. 75-98.

⁶ Propuesta de nueva Constitución. “Artículo 131.- 1. Los animales son sujetos de especial protección. El Estado los protegerá, reconociendo su sintiencia y el derecho a vivir una vida libre de maltrato. 2. El Estado y sus órganos promoverán una educación basada en la empatía y en el respeto hacia los animales”.

⁷ Una de estas nuevas categorías constitucionales de derecho animales es el concepto de “familia interespecie”. Desarrollaré esta idea más adelante, a propósito de la resolución del litigio substanciado en causa rol N° C-1533-2021, del 8° Juzgado Civil de Santiago.

como un nuevo tipo de “interpretación adecuadora de derecho animal”⁸: a falta de norma expresa, los jueces mudan la interpretación dogmática del derecho civil y constitucional, la vacían de su contenido sedimentado, la colman de un nuevo sentido y adecúan su aplicación para acercar los añosos dogmas decimonónicos a las premisas contemporáneas del derecho animal y del bienestarismo⁹.

Una muestra de este razonamiento judicial adecuador en torno a los animales, en un contexto de mutación de contenidos constitucionales, se mostrará a partir de dos casos emblemáticos del último tiempo: por una parte, se examinará la sentencia de la Corte Suprema de 10 de agosto de 2022, que en sede de apelación confirmó la inadmisibilidad de un *habeas corpus* en favor de Sandai, un orangután de 28 años de edad privado de libertad en el zoológico BuinZoo¹⁰. Por otra parte, se revisará la sentencia del 8º Juzgado Civil de Santiago sobre la causa Rol n.º C-1533-2021, que acogió una demanda de cese gratuito de bien común proindiviso respecto de dos perros domesticados¹¹.

II. LOS CASOS

El primer caso se trata de una acción de amparo interpuesta por Fundación Justicia Interspecie en contra del Parque Zoológico Buin Zoo S.A. y del Servicio Agrícola y Ganadero. La acción constitucional se interpuso en favor de Sandai, un primate orangután de Borneo de 28 años privado de libertad al interior de Buin Zoo. La fundación impetró la acción de cautela del artículo 21 de la Constitución de 1980 con el objeto de proteger el derecho fundamental a la libertad ambulatoria de Sandai del artículo 19 N° 7. En lo medular de su escrito, los recurrentes señalaron que Sandai se encuentra viviendo en un habitáculo inadecuado para su especie, lo que ha vulnerado su libertad ambulatoria y le ha provocado sufrimiento mental¹². Por otra parte, en cuanto a la biografía de Sandai, el escrito de *habeas corpus* señala que el primate nació cautivo en Colonia, Alemania, el 20 de agosto de 1993, y que nada más nacer fue arrancado de sus progenitores Tuan y Lotti, quienes también vivían privados de libertad. Al cuarto día de nacido, Sandai fue enviado a otro zoológico en la ciudad de Stuttgart, para luego regresar al cabo de dos años. Ya en Colonia, Sandai viviría junto con otros 7 orangutanes en el zoológico de la ciudad, periodo en que fue observado y sometido a un estudio de investigación sobre relaciones sociales de orangutanes de Borneo en cautividad. En el año 2003, Sandai fue transferido al zoológico de La Palmyre, Francia, donde viviría 11 años, hasta que en julio de 2014 fue transferido a Chile y fue recluido en el zoológico Buin Zoo¹³. Al llegar a Chile, Sandai tenía 20 años e irónicamente fue recibido con música de su natal Indonesia, un lugar que Sandai nunca ha podido conocer.

⁸ Tomo esta expresión de ZAGREBELSKY (2011), quien entiende que la interpretación práctica del derecho supone buscar “una norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento”. La interpretación adecuadora de derecho animal podría servir para que el juez cumpla exigencias mínimas de perspectiva de derecho animal sin que esto implique traicionar el derecho aplicable. Véase: ZAGREBELSKY (2011), p. 133.

⁹ Un análisis detallado sobre el avance de una interpretación judicial sensible a la cuestión animal puede encontrarse en: SUÁREZ (2021).

¹⁰ CORTE SUPREMA. Causa rol n.º 50.969-2022. 10 de agosto de 2022.

¹¹ 8º JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO. Causa rol n.º C-1533-2021. 29 de junio de 2022.

¹² Escrito de amparo constitucional. Corte de Apelaciones de San Miguel. Causa rol n.º 526-2022. Ingreso de 26 de julio de 2022., p. 4.

¹³ Escrito de amparo constitucional. Ibid., p. 15.

El escrito de amparo de Fundación Justicia Interespecie es uno de los instrumentos más completos y detallados que se han presentado hasta la fecha en Chile para la judicialización de la libertad ambulatoria de los grandes primates. Los recurrentes entregan 128 páginas en que desarrollan una argumentación muy sofisticada en torno a las condiciones deficitarias de vida de Sandai, y, además, acompañan sendos informes en derecho y *amicus curiae* de juristas de referencia internacional como Raúl Eugenio Zaffaroni; de filósofos morales especialistas en estudios animales, como Peter Singer; informes de jurisprudencia comparada sobre *habeas corpus* de orangutanes, como el informe de la jueza Elena Liberatori; y de primatólogos especialistas en orangutanes, como el informe del biólogo Leif Cocks. Se trata, pues, de la acción de amparo más completa y argumentada que se ha presentado en Chile para alegar en favor de la liberación de un primate privado de libertad.

En cuanto al contenido de la acción, los recurrentes arguyen, primero, la falta de un hábitat adecuado para el animal amparado, toda vez que en su medio natural los orangutanes se trasladan largas distancias a través de las copas de los árboles mediante la técnica del “braceo”, actividad que Sandai no puede realizar por estar recluso en un recinto circular de 75 metros cuadrados. El escrito también señala que las condiciones climáticas del medio natural de los orangutanes se caracterizan por temperaturas tropicales que oscilan todo el año entre los 27 a 33 grados Celsius y con precipitaciones promedio de 4.000 mm anuales. Dado que la región Metropolitana tiene condiciones climáticas radicalmente diferentes, la única manera de “aclimatar” a Sandai es someterlo a temperaturas artificiales en un habitáculo en el que permanece la mayor parte del tiempo. Por último, los recurrentes también señalan que Sandai es sometido cotidianamente a diversas condiciones de vida que afectan su salud mental, como la proximidad de su jaula al recinto de dos tigres de Bengala, que son depredadores de los orangutanes en su medio natural; visitas nocturnas de personas que afectan su sueño; música ambiental de estética africana en su jaula que lo perturba durante todo el día; condiciones de habitabilidad inadecuadas para su especie, entre otras¹⁴. En cuanto a la parte petitoria, la fundación recurrente solicita, en lo medular, que se declare que Sandai es titular del derecho fundamental a la libertad personal y que sea trasladado al Santuario de Grandes Primates de Sorocaba, Brasil¹⁵, entre otras peticiones principales y subsidiarias.

En el examen de admisibilidad, la Corte de Apelaciones de San Miguel consideró que no se advertía una vulneración de garantías constitucionales susceptible de cautelarse a través del amparo reparatorio, razón por la cual declaró la inadmisibilidad de la acción¹⁶. Posteriormente, en sede de apelación, la Corte Suprema confirmó la inadmisibilidad de la acción mediante una interpretación gramatical del artículo 19 N° 7 de la Constitución. Señaló que la palabra “personas”, contenida en el enunciado del artículo 19 (“La Constitución asegura a todas las personas”), según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, solo comprende a los individuos pertenecientes a la especie humana, razón por la cual no podía admitirse la acción cautelar respecto de Sandai¹⁷.

¹⁴ Escrito de amparo constitucional. Ibid., p. 23.

¹⁵ Escrito de amparo constitucional. Ibid., p. 101.

¹⁶ CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, Rol n.º 526-2022. Decisión de 27 de julio de 2022.

¹⁷ CORTE SUPREMA. Ibid.

El segundo caso que aquí se revisa es un litigio donde se demanda el cese de goce gratuito de un bien común de propiedad proindiviso. El objeto litigioso se trata de Igor y Bambú, dos perros domesticados de la raza *Shih Tzu* que habían sido los animales de compañía de los litigantes. Las partes del litigio mantuvieron una relación amorosa hasta que finalmente rompieron, e Igor y Bambú quedaron bajo la custodia de la demandada. El demandante, por su parte, señaló que los perros fueron comprados y obsequiados por él a la demandada mientras fueron pareja, aunque los animales fueron inscritos a nombre de la mujer. El demandante señaló que en el momento de la ruptura acordaron no separar a los perros, y que la demandada mantendría el cuidado de los animales, todo lo anterior para que Igor y Bambú no experimentasen un sufrimiento emocional innecesario. El demandante señaló que junto con la demandada llegaron a un acuerdo de “relación directa y regular”, por el cual el demandante tendría derecho a llevarse a los animales un fin de semana al mes, cuestión que se mantuvo por dos años, hasta que la demandada decidió dar por finalizado el régimen de cuidado compartido, impidiéndole ver nuevamente a los animales. Esta situación provocó una profunda aflicción emocional en el demandante por habersele impedido cultivar el lazo afectivo que tenía con los animales¹⁸.

Esto motivó la interposición de una demanda en los términos de los artículos 653 y 655 del Código de Procedimiento Civil, y de los artículos 2081 y 2305 del Código Civil. En su petición principal, el demandante solicitó el reconocimiento de sus derechos como copropietario de Igor y Bambú; el cese del goce gratuito de la propiedad sobre los perros de la demandada; y el disfrute de los animales en proporción a los derechos cuotativos del demandante, o, en su defecto, la fijación judicial de una renta periódica según el mérito del proceso. Subsidiariamente, el demandante solicitó el nombramiento de un administrador proindiviso en los términos del artículo 654 del Código de Procedimiento Civil, tendiente a la conservación y administración de los bienes comunes.

Con fecha 29 de junio de 2022, el 8º Juzgado Civil de Santiago dictó sentencia sobre este caso y acogió la petición principal. Declaró la copropiedad en comunidad de los litigantes sobre Igor y Bambú, y dispuso un régimen de cuidado compartido sobre los animales en virtud del cual cada litigante podría tener a los perros durante tres meses sucesivos¹⁹. Hasta la fecha de envío de este artículo, el litigio se encuentra en fase recursiva y su resolución está pendiente en la Corte de Apelaciones de Santiago.

III. COMENTARIOS

Los casos que se han escogido son señeros por el modo de su resolución. Si bien en ambas causas la decisión del asunto se produce de forma ordinaria, esto es, acogiendo o rechazando las pretensiones procesales, al mismo tiempo las sentencias incorporan indirectamente perspectivas de derecho animal. El denominador común en ambos casos es que los jueces alteran la aplicación tradicional de las normas constitucionales y civiles. En el caso de Sandai, la Corte Suprema, aunque rechaza el recurso dispone una tutela de protección de derechos en clave de bienestar animal. En cuanto al caso de Igor y Bambú, la juzgadora reconoce que el conflicto *sub lite* es un asunto de orden afectivo y no económico, de modo que aplica las normas del derecho civil

¹⁸ 8º JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO. Ibid., “Vistos”.

¹⁹ 8º JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO. Ibid., Considerando vigesimoprimer.

patrimonial en clave de derecho de familia y recoge diversas premisas del derecho animal para justificar el trato de Igor y Bambú como seres sintientes. Se trata, pues, de interpretaciones y aplicaciones adecuadoras del derecho en que se pueden observar el avance de los postulados de la cuestión animal en el juzgamiento de asuntos ordinarios.

1. Sandai: una tutela constitucional desconstitucionalizada.

Uno de los rasgos que destacan en la sentencia que confirmó la inadmisibilidad del *habeas corpus* en favor de Sandai es la superficialidad interpretativa que se utiliza para zanjar el asunto. Pese a los nutridos insumos jurídicos que ofreció el escrito de amparo, la Corte optó por ignorarlos y escamotear la discusión de fondo —el problema acerca de la titularidad de un primate del derecho a la libertad personal— recurriendo a una técnica de interpretación literal que, aunque ha sido ampliamente criticada por la literatura constitucional especializada²⁰, ha sido igualmente utilizada con frecuencia para resolver intrincadas discusiones iusfundamentales.

El uso selectivo de la palabra “persona” como una herramienta para zanjar discusiones sobre adjudicación de derechos ha sido un asunto habitual en la litigación animalista. SUÁREZ (2021) recuerda que en el año 2018 el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, resolviendo un *habeas corpus* interpuesto en favor de tres chimpancés privados de libertad, desestimó el asunto usando el mismo argumento. Con todo, la decisión no estuvo exenta de disidencias. Suárez también recuerda que la jueza Alicia E. C. Ruiz emitió un voto particular para cuestionar la estrategia sobre el uso de las palabras “persona” y “ser humano” en el caso.

“Tal operación instauro la ficción según la cual el derecho no haría más que reconocer un rasgo esencial que define a la persona [...]; no da cuenta de las operaciones ideológicas de diverso tipo (epistemológicas, políticas, teóricas, conceptuales) que esconden los modos en que se instituye un modelo humanista hegemónico y excluyente de todos aquellos cuyos cuerpos no se corresponden con los rasgos prescriptos por ese modelo ideal (tal como lo han denunciado los movimientos antirracistas, anticapacitistas, feministas, y más recientemente los antiespecistas) [...]. Hablar del ‘sujeto’, descentrar esta categoría, revela hasta qué punto desde el derecho se construye una ilusión donde la realidad está desplazada y en su lugar se presenta otra imagen real. Instalada, esta imagen se torna determinante para distinguir de manera arbitraria entre quienes serán protegidos y quienes serán discriminados” (SUÁREZ, 2021, p. 107.)

En el caso de Sandai la Corte Suprema parece, en todo caso, acusar su propia debilidad interpretativa, pues a renglón seguido, luego de consultar el diccionario de la RAE para verificar que Sandai no es una persona, ordena al Servicio Agrícola y Ganadero disponer de amplias medidas para cautelar el cumplimiento de las normas por parte del zoológico, especialmente aquellas que buscan precaver que “la privación de libertad no ocasione sufrimiento y alteración de su normal desarrollo, verificando que se cuente con las instalaciones adecuadas para su especie, evitándose todo maltrato y deterioro de su salud”²¹. Cabe preguntarse, entonces, ¿por qué un tribunal dispondría de una tutela de amparo si previamente ha confirmado una resolución de

²⁰ Por todos, véase: HESSE (2012), p. 57.

²¹ CORTE SUPREMA. Ibid., “Vistos y considerando”.

primera instancia que había afirmado que “no se advierte una vulneración de garantías constitucionales susceptible de cautelarse por esta acción extraordinaria”? La pregunta se contesta, parece, a partir de la naturaleza de ser sintiente del amparado que la Corte no está razonablemente en condiciones de desconocer. Sandai no es legitimado pasivo porque no es humano, pero sufre como sufriría un humano frente a una privación de libertad de este tipo²².

Si se atiende en detalle el sentido último del razonamiento judicial podrá verse que la Corte diseña un esquema de resolución que le permite, al mismo tiempo, evadir una discusión de fondo sobre la comprensión dinámica de la titularidad de los derechos fundamentales, pero también disponer de una tutela de “derechos innominados” en un contexto habitual de privación arbitraria de libertad. Las acciones de amparo se han utilizado en el ámbito penitenciario no solo para corregir privaciones indebidas de libertad, sino también para precaver la afectación de otros derechos adyacentes a la libertad personal y seguridad individual, como es el caso del derecho a la integridad física y psíquica. En el caso de Sandai, la Corte arrastra una pesada carga de limitaciones epistémicas propias del derecho moderno, razón por la cual encuentra obstáculos para hablar derechamente de privación de libertad personal y afectación a la integridad física y psíquica del primate, aunque no deja por ello de comportarse como lo haría frente a un reo: así como es habitual que en casos de amparo penitenciario el tribunal ordene a Gendarmería de Chile la observancia de las normas legales y reglamentarias tendientes a asegurar el bienestar penitenciario del reo amparado, en este caso la Corte dirige tal instrucción al SAG para hacer lo mismo respecto del zoológico. En el mismo sentido, la Corte evita también hablar de derecho a la integridad física y psíquica de Sandai, y prefiere atender el problema usando fórmulas genéricas como “evitar que la privación de libertad ocasione sufrimiento” o “evitar todo maltrato y deterioro de salud”²³. Se trata, pues, de una “tutela constitucional desconstitucionalizada”, en la que se muestra una actitud favorable a la protección de ámbitos vitales de existencia del primate y en armonía con algunas premisas del derecho animal, pero en la cual no se usan los conceptos dogmáticos del derecho constitucional.

2. Igor y Bambú: a falta de derecho animal, bueno es el derecho de familia.

La resolución de primera instancia en el caso de Igor y Bambú es mucho más nutrida en su perspectiva de derecho animal. La *ratio decidendi* se muestra abiertamente suspicaz del material jurídico disponible para resolver la petición de goce gratuito de los bienes comunes proindiviso. La juzgadora señala “[q]ue si bien la acción intentada, se encuentra claramente definida, la materia y el objeto sometido al conocimiento de este Tribunal es bastante especial, en cuanto a la naturaleza del bien en que ella pretende ser aplicada, esto es dos animales. En este sentido, es necesario previamente hacerse cargo de la legislación aplicable, atendida la naturaleza del objeto de la acción”²⁴. Véase que el uso de la expresión “hacerse cargo de la legislación aplicable” es del todo infrecuente tratándose de jueces ordinarios. Quien juzga normalmente no “se hace cargo” del derecho, no se responsabiliza por éste, sino tan solo lo aplica cuando debe hacerlo; este es, precisamente, el sentido más elemental del principio objetividad judicial: aunque el juez tenga

²² Sobre la situación de los animales en zoológicos, véase: BEKOFF y PIERCE (2018), pp. 129-163. Sobre el caso de los primates, su sintiencia y derechos, véase, especialmente: SINGER y CASAL (2022). Sobre la cuestión del altruismo y de las emociones morales en los primates, véase: DE WAAL (2022).

²³ CORTE SUPREMA. Ibid.

²⁴ 8º JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO. Ibid., Considerando sexto.

objeciones personales con el contenido de la norma, su posición frente al derecho se traduce en un compromiso de aplicar el derecho cuando corresponde.

Ahora bien, quien expresa su deseo de hacerse cargo de algo quiere decir que desea lidiar con aquello que debe ser ajustado, solucionado, cumplido. Tal parece ser el sentido expresado en la sentencia. La juzgadora sabe que la acción y el material jurídico aplicable están bien definidos, pero también sabe que el sentido patrimonial propio de estas normas es del todo inadecuado para resolver controversias que involucran ámbitos emocionales y afectivos, como sucede con los casos que involucran animales de compañía. En este sentido, la intención de la juzgadora de “hacerse cargo de la legislación” es llamativo y valioso, pues se traduce en una actividad interpretativa que le permite aflojar las rígidas costuras del derecho civil patrimonial mediante un uso estratégico y alternativo del mismo, por el cual va allanando el camino en los considerandos siguientes a una perspectiva hermenéutica donde los afectos y las emociones tengan más cabida.

De este modo, la sentencia va progresivamente impregnándose de un tono de derecho de familia, como ocurre en el considerando decimoctavo, donde se expresa que “[l]a relación entre seres humanos y animales de compañía es similar a una relación padre e hijo. El responsable del animal de compañía considera a sus animales miembros de su familia”²⁵. Algo similar ocurre en el considerando vigésimo, donde la juzgadora expresa que “[...] resulta de toda justicia, que ambos [los litigantes] puedan mantenerlos [a los perros] bajo su protección y cuidado compartido”²⁶. Se trata, entonces, de un uso calculado del material semántico que está en tensión: en lugar de recurrir simplemente al sentido tradicional del concepto patrimonial de goce, la sentencia prefiere remarcar la dimensión relacional-afectiva que existe entre los perros y sus cuidadores; en lugar de hablar de “disfrute del bien en proporción a los derechos cuotativos”, la sentencia se decanta por enfatizar la relación de protección y cuidado compartido.

Si bien la sentencia no lo menciona expresamente, la juzgadora recoge de forma íntegra una categoría de derecho animal que ha venido desarrollándose desde hace algunos años. Se trata del concepto de familia “interespecie” o “multiespecie”, el que ha tenido un tratamiento teórico en la obra de KYMLICKA (2017) y que ha sido recogido en varias ocasiones en la jurisprudencia comparada. Este es un concepto jurídico de familia que se construye desde una interpretación dinámica del derecho que se muestra sensible a los cambios de significado y composición del esquema familiar tradicional²⁷. Una tendencia reciente a este respecto ha sido la consideración de los animales como integrantes del grupo familiar, construyéndose en torno a ellos lazos afectivos y obligaciones de cuidado responsable, todo lo anterior desde una perspectiva amplia del concepto de “familia”. En este sentido, como reflexiona Suárez (2021) a propósito del lugar que ocupan los animales en la familia y de su régimen jurídico, “[...] es un arreglo familiar interespecies por el que debe preocuparse el derecho de las familias; no la propiedad en condominio de un bien del que deba ocuparse el derecho de propiedad. Según la concepción actual de familia, el ser que es tratado *como si fuera* parte de la familia es, en efecto, parte de la familia. ¿Por qué la especie sería un obstáculo para ello?” (SUÁREZ, 2021, p. 103).

²⁵ 8º JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO. Ibid. Considerando decimoctavo.

²⁶ 8º JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO. Ibid. Considerando vigésimo.

²⁷ Entiéndase por tal la añosa descripción jurídica de la familia como una institución de orden público fundada en el matrimonio, anclada en la heterosexualidad de los cónyuges, destinada a la procreación y gobernada por un régimen patrimonial matrimonial.

Así, desde la perspectiva anotada, el resultado de esta interpretación permite que la juzgadora, sin abandonar el derecho aplicable, pueda resolver el conflicto abrazando una perspectiva más sensible a la dimensión afectiva y emocional subyacente en el caso. El asunto se resuelve, pues, como si se tratase de un litigio de cuidado personal y determinación de relación directa y regular: se fija un régimen de tenencia y cuidado compartido dividido en trimestres donde cada uno de los cuidadores tiene posibilidad de mantener y cultivar el lazo afectivo con Igor y Bambú. La decisión final no es antojadiza, pues también se ancla en una perspectiva de derecho animal que la propia juzgadora se encarga de enfatizar en el considerando decimoctavo:

“[...] atendida la especialidad de la acción incoada en cuanto a su objeto, que el concepto de gratuidad, en los presentes autos, no debe ni puede interpretarse únicamente en un sentido económico-patrimonial, sino en la posibilidad de disfrutar y gozar de las mascotas, en su sentido más amplio que incluye su compañía, así como su ámbito afectivo, puesto que tal como se ha sostenido reiteradamente por los entendidos en la materia, los perros son seres que sienten y manifiestan sus emociones”²⁸.

Como ha podido observarse, los casos seleccionados son llamativos por el modo en que el derecho es aplicado. Se trata de decisiones que están “a medio camino” entre una perspectiva dogmática ciega a la cuestión animal y una perspectiva favorable a la aplicación generosa de los postulados del derecho animal. Los jueces carecen de normas explícitas positivas, pero no permanecen por ello ciegos a la cuestión animal como aquel ámbito donde confluyen dimensiones del sensocentrismo que desbordan las consideraciones meramente patrimoniales propias del estatuto jurídico de las cosas. El razonamiento judicial implementa, entonces, una interpretación adecuada del material jurídico en tensión. En el caso de Sandai, la Corte protege dimensiones iusfundamentales sin decir que está protegiendo derechos, y en el caso de Igor y Bambú, la juzgadora convierte al derecho civil patrimonial en un derecho de familia *ad hoc* que se configura desde una perspectiva de reconocimiento a la naturaleza sintiente de los animales.

Este tipo de decisiones son cada vez más frecuentes, pues, aunque la añosa dogmática civil permanezca vigente y los animales continúen siendo cosas frente al derecho, el auge de los estudios animales ha logrado permear el debate jurídico desde hace décadas y hoy resulta cada vez más difícil desestimar esta realidad. Lamentablemente, el resultado del plebiscito constitucional del 4 de septiembre de 2022 viene a agudizar esta tensión al postergar la incorporación de un nuevo sustrato constitucional relativo a la sintiencia de los animales. Se trata, pues, de una “crisis dogmática” en un sentido *gramsciano*: es un viejo derecho de animales que muere y un nuevo derecho de animales que no puede nacer.

Ahora bien, la recepción de algunos conceptos de derecho animal en la jurisprudencia nacional y comparada, sumado al desarrollo doctrinario de algunas categorías novedosas que se amparan en el aparato conceptual del derecho moderno —como es el caso de la idea de “familia interespecie”— abre un espacio para la litigación animalista estratégica: estimo que es posible alojar algunas ideas y conceptos del derecho animal en cláusulas constitucionales que, debido a los rasgos de apertura y abstracción que caracterizan este tipo de lenguaje, pueden ser colmadas, a través de un proceso

²⁸ 8º JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO. *Ibid.* Considerando decimoctavo.

de argumentación e interpretación razonada, de nuevos significados que ayuden a solucionar conflictos que involucran animales. Se trata de buscar el rendimiento que tiene el fenómeno de la “mutación constitucional”²⁹, es decir, el proceso por cual un enunciado constitucional muda su significado —y por tanto la comprensión del intérprete que lo concretiza— sin necesidad de modificar la expresión lexicográfica del mismo. Hoy nadie duda que las familias monoparentales o las parejas homosexuales —antes invisibilizadas frente al derecho— pueden encontrar cobijo en el enunciado del artículo 1 de la Constitución que proclama que “[l]a familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. La jurisprudencia reciente muestra que tal enunciado puede ser extendido también para cubrir esquemas familiares que involucren animales. Desde luego, siempre será más adecuado contar con una legislación que reconozca positivamente la vigencia del derecho animal, pero mientras aquello no se produzca la litigación animalista tendrá que seleccionar estratégicamente las piezas del derecho para reinterpretarlas, ensancharlas y, en definitiva, provocar un cambio de sentido en beneficio de los animales.

²⁹ Véase: HESSE (2012), p. 95.

BIBLIOGRAFÍA

- Bekoff, M. y Pierce, J. (2018). *Agenda para la cuestión animal. Libertad, compasión y coexistencia en la era humana*, Akal.
- Comanducci, P. (2009). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 75-98). Trotta.
- De Lora, P. (2003). *Justicia para los animales. La ética más allá de la humanidad*, Alianza Editorial.
- De Waal, F. (2022). *La edad de la empatía. Lecciones de la naturaleza para una sociedad más justa y solidaria*, Tusquets Editores.
- Hesse, K. (2012). *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Kymlicka, W. (2017). Social membership: Animal Law beyond the Property/personhood Impasse. *Dalhousie Law Journal*, 40 (1), 123-155.
- Pelluchon, C. (2018). *Manifiesto animalista. Politizar la causa animal*, Penguin Random House.
- Regan, T. (2016). *En defensa de los derechos de los animales*, Fondo de Cultura Económica.
- Singer, P. y Casal, P. (2022). *Los derechos de los simios*, Trotta.
- Suárez, P. (2021). Las familias multiespecie en la jurisprudencia. *Revista Derecho de Familia*, 6, 96-109.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta.

JURISPRUDENCIA

- 8º Juzgado Civil de Santiago Rol N° C-1533-2021.
- Corte Suprema. Segunda Sala Penal Rol N° 50.969-2022.
- Corte de Apelaciones de San Miguel Rol N° 526-2022.

Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2022.

Fecha de aceptación: 3 de diciembre de 2022.

Fecha de publicación: 30 de diciembre de 2022.

