



**“Construcción de un Derecho Animal en Chile a
la luz del *Hábeas Corpus* para Orangután
Sandra¹”**

POR: Abogado, Carlos Espinosa Vargas².

**Tesina presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo
para optar al Grado de Máster en Derecho Ambiental (MDA).**

PROFESOR GUÍA:

Sr. Raúl Campusano Droguett

Mayo, 2017

SANTIAGO

¹ Sentencia dictada por la Cámara Federal de Casación Penal, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, de fecha 18 de Diciembre de 2014, en el *recurso de hábeas corpus* interpuesto en protección de una orangutana del zoológico de Buenos Aires.

² Carlos Daniel Espinosa Vargas. Abogado, L.C.J.S., Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Abogado Asociado Área de Mercados Regulados, Estudio de Abogados Morales y Besa.

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 4 |
| I. ACERCA DE QUÉ SE ENTIENDE POR DERECHO ANIMAL Y SI LOS ANIMALES PUEDEN SER SUJETOS DE DERECHO EN CHILE..... | 8 |
| A. SUJETO DE LA DISCIPLINA..... | 9 |
| B. NÚCLEO DOGMÁTICO..... | 11 |
| C. OBJETO DE LA DISCIPLINA..... | 13 |
| II. TESIS RELATIVAS A LA EXISTENCIA DE DERECHOS EN FAVOR DE LOS ANIMALES. | 15 |
| A. TESIS DEL DERECHO NATURAL: DE LA NEGACIÓN IRRESTRICTA DE DERECHOS..... | 15 |
| B. TESIS ECOLOGISTA: DEL OTORGAMIENTO IRRESTRICTO DE DERECHOS. | 18 |
| C. TESIS DEL AUTOR: ECLÉCTICA DEL OTORGAMIENTO DE DERECHOS. | 20 |
| III. BREVE COMENTARIO DE SENTENCIA ORANGUTÁN SANDRA A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN CHILENA. | 25 |
| A. DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CIVIL CHILENO. | 25 |
| B. DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL CHILENO. | 29 |
| IV. CONCLUSIÓN..... | 31 |
| V. BIBLIOGRAFÍA..... | 32 |

Dedicada a Lucas Beagle, porque sólo el animal no humano es libre de prejuicios.

INTRODUCCIÓN³

La presente tesis por objeto fundamentar, filosófica y normativamente el Derecho Animal en Chile a partir del análisis de la sentencia dictada por la Cámara Federal de Casación Penal, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, de fecha 18 de Diciembre de 2014, en el *recurso de hábeas corpus* interpuesto en protección de una orangutana del zoológico de Buenos Aires. En efecto, el día 14 de noviembre de 2014 ingresó a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, una acción de *Hábeas Corpus* “*Orangutana, Sandra Habeas Corpus*”, interpuesta por Nicolás Buompadre, presidente de la “*Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales*”, a favor de un orangután de Sumatra, una hembra llamada “*Sandra*”, que se encontraba en el Jardín Zoológico de la Ciudad de Buenos Aires. Los argumentos esgrimidos por la demandante fueron que el animal había sido privado ilegítima y arbitrariamente de su libertad por parte de las autoridades del Zoológico de la Ciudad de Buenos Aires y que su estado de salud físico y psíquico se encontraba profundamente deteriorado, con evidente riesgo de muerte. Por lo expresado, se requirió la urgente liberación del animal y su posterior e inmediato traslado y reubicación en el “*Santuario de Sorocaba*”, que se encuentra ubicado en el Estado de Sao Paulo, República de Brasil.

Inicialmente, no se dio curso a la acción, pues el tribunal confirmó el auto de fs. 38 en todo cuanto fue materia de consulta, al considerar que “*no se puede encuadrar en la categoría de persona según los artículos 51 y 52 del Código Civil Argentino al mencionado animal, pues estos artículos definen como persona a todo aquél con signos característicos de humanidad y con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones*”.

Decimos que el Tribunal en el caso no se apartó de lo establecido en el ordenamiento jurídico nacional Argentino, pues el animal es considerado, sin distinción alguna “*cosa mueble*”, sin otorgársele ningún tratamiento específico, sino el del artículo 2318 del Código Civil Argentino: “*Son cosas muebles las que puedan*

³ Considera comentarios de abogada R. Marcela Viglione, *Acción de Hábeas Corpus “Orangutana, Sandra Habeas Corpus”*. Comentarios sobre un fallo inédito.

transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles”.

El carácter esencial está dado porque pueden transportarse de un lugar a otro, sea que lo hagan por sí mismas, como por ejemplo los animales no humanos, o por una fuerza exterior a ellas, como por ejemplo una mesa, una silla, etcétera, sin que ese hecho de que se muevan por sí o por fuerza externa, revista importancia práctica.

En definitiva, al ostentar el animal la categoría jurídica de “cosa”, no es susceptible de ser titular de ningún derecho, es decir, no es sujeto de derecho sino objeto de derecho. Siguiendo con este lineamiento, el Tribunal Argentino determinó que los animales no pueden ser titulares de derechos en el mismo sentido que los humanos porque no son sujetos morales.

Elevado el caso a la Cámara de Casación Penal Sala II, integrada por los abogados Alejandro Slokar, Angela Ledesma y Pedro David, por unanimidad concedieron la acción de *habeas corpus* y reconocieron a la orangutana Sandra derechos básicos en tanto “*sujeto no humano*”; al respecto el máximo tribunal indicó:

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

La Cámara de Casación Penal Argentina en su Sala II, sentó un precedente más que relevante a nivel latinoamericano y mundial en materia de *Derecho Animal*. En efecto, el *Derecho Animal* ha sido repudiado por la gran mayoría de los juristas Chilenos y Latinoamericanos, incluso tildándolo de inexistente. Lo anterior demuestra un gran desconocimiento respecto de lo que se ha erigido como una verdadera área del Derecho; se ha argüido su inexistencia basados en filosofías ius- naturalistas no contributivas al desarrollo de una sociedad igualitaria, en donde el respeto y la tolerancia de los seres que conforman la biosfera sea su principio rector.

En Chile, cuando hablamos de respeto y tolerancia nos referimos a la poca contribución por parte de los juristas en abordar el *Derecho Animal* como una disciplina del Derecho, toda vez que como se demostrará, cumple con los requisitos epistemológicos y ontológicos para considerarlo como una disciplina separada del Derecho Común pero integrante del Derecho Ambiental: “*sujeto*”, “*núcleo dogmático*” y “*objeto*”.

La presente Tesis, algo transgresora, pretende a partir de una sentencia emanada por un tribunal conocido (Cámara de Casación Penal Sala II de la Republica de Argentina), sentar las bases para la creación de una disciplina jurídica auxiliar del Derecho Ambiental, que ha sido renegada por el Derecho Chileno y sus juristas: El “*Derecho Animal*”.

El objeto de esta presentación, es en forma breve y sintética sentar las bases para la creación de un estatuto especial: “*Derecho Animal*”, en Chile. Si no creáramos un estatuto especial caeríamos en un irreductible incompatible con la legislación Chilena actual. El estatuto especial tiene por objeto evitar una reforma profunda a la bases del Derecho Común Chileno, que a su vez genere una dilación excesiva en el verdadero otorgamiento de derechos a los animales.

Consideramos altamente necesaria la creación de un estatuto especial en Chile, dado que de lo contrario el análisis haría inviable la naturaleza sumaria en la protección de los derechos de los animales, así las cosas: (i) para que los animales fueran sujetos de derecho – en base a la legislación chilena actual - deberían dejar de ser “*cosa*” según lo preceptuado en el Libro II del Código Civil Chileno: “*De los Bienes, de su Dominio, Posesión, uso y Goce*” (Art. 565 y ss. CC), luego; (ii) al eliminarlos del estatuto jurídico de bien, deben necesariamente entrar a regirse por el estatuto de la personalidad, según lo preceptuado por el Libro I del Código Civil Chileno: “*De las Personas*” (Art. 54 y ss. CC); ahora bien, (iii) el atributo de la personalidad le será otorgado ¿En qué calidad? ¿Cómo plenamente capaz? ¿Cómo incapaz absoluto/relativo?, evidentemente cualquier atributo de los previamente indicados no puede predicarse de un animal atendida su naturaleza ontológico-física, a lo anterior se suma que el mismo Código Civil Chileno es el que define a la “*Persona*” en su

artículo 55 como “*todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición*”. En razón de lo previamente expuesto es que consideramos la necesidad de la creación de un estatuto especial ligado al Derecho Ambiental, separado de Derecho Común, que otorgue garantías sumarias suficientes de orden y protección a los animales.

I. ACERCA DE QUÉ SE ENTIENDE POR DERECHO ANIMAL Y SI LOS ANIMALES PUEDEN SER SUJETOS DE DERECHO EN CHILE.

Se entenderá por Derecho Animal aquel “conjunto de normas jurídicas y morales que tienen por objeto regular las relaciones de los animales con su entorno natural, social y físico, propendiendo a un desarrollo equitativo del medio tangible en el cual se desenvuelven, otorgándoles derechos frente a los humanos y respecto de todas las demás especies que conforman cada uno de los ecosistemas vivientes”⁴.

El Derecho Animal tiene como antecedente el “Animal Legal Defense Fund” (“Fundación de Defensa Legal de los Animales”), fundado por la abogada Joyce Tischler en 1979 como la primera organización dedicada a la promoción de la esfera de los Derechos de los Animales y usando el derecho para proteger las vidas y defender los intereses de los animales. Los derechos de los animales impregnan y afectan la mayor parte de las áreas tradicionales legales en todas las legislaciones del mundo, incluyendo Derecho Civil (*responsabilidad contractual y extracontractual*), Derecho Penal y Derecho Constitucional.

Consideramos al Derecho Animal como disciplina propia, autónoma y dependiente al Derecho Ambiental. Para argumentar la creación de la disciplina debemos, brevemente, analizar sus requisitos epistemológicos: *sujeto, núcleo dogmático y objeto*.

⁴ Definición del autor.

A. SUJETO DE LA DISCIPLINA.

Se entenderá por “*Animal no humano*”, o simplemente “*Animal*” a “*todo ser vivo no humano que tiene por funciones vitales la alimentación, respiración, circulación, excreción, respuesta, movimiento y reproducción, con capacidad de sufrir, que conlleva aparejada la existencia de un interés*”.⁵

Dicho “*interés*”, se traduce en que el animal sea sujeto activo y pasivo de derechos. Es *sujeto activo* de derechos dado que existe una responsabilidad social de protección respecto del entorno, un mandato colectivo jurídico-moral de no afectar al ecosistema y que necesariamente lleva aparejada la facultad del animal de poder exigir derechos a través del humano, dicho mandato colectivo jurídico-moral está contenido en “*Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*”⁶, según la cual, “*el hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma*”.

Por lo tanto, el animal se erigirá como *sujeto activo* por estricta protección del hombre, y en la medida que el hombre le otorgue dicha protección, el animal logrará su plenitud y desarrollo, gozando de capacidad. El animal gozará de perfección jurídico-moral en la medida que el ser humano sea capaz de protegerlo, actuando en sincronía, de modo tal, que si dicha protección no se verifica, el hombre no logrará la perfección jurídico-moral, es decir, uno depende del otro en perfecta sincronía. La

⁵ “*Liberación Animal*”, The New York Review of Books n°8 del volumen L, 15 de mayo de 2003, Peter Singer.

⁶ La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Reunida en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972, atenta a la necesidad de un criterio y unos principios comunes que ofrezcan a los pueblos del mundo inspiración y guía para preservar y mejorar el medio humano.

vulneración de los derechos del animal hace al humano imperfecto, más incapaz, ontológicamente inferior. La perfección del humano depende del correcto ejercicio que hace de los derechos del animal, dicho ejercicio es consecuencia del mandato colectivo jurídico-moral que lo liga al ecosistema como parte de un todo indisoluble.

A su vez, el animal es *sujeto pasivo* de derechos, por tanto, le puede ser exigido un comportamiento específico en función del ecosistema en el cual se desenvuelve. Cada animal forma parte de una comunidad biológica en un lugar determinado con factores físicos y químicos que constituyen su ambiente abiótico; el comportamiento exigible es variable, depende de cada ecosistema. La conducta pasivamente exigible consiste en el hecho que todo organismo vivo interactúa con cualquier otro elemento en su entorno local, y es desde dicho punto de vista que la contraprestación logra perfeccionarse, es decir, *¿Qué es lo jurídica y moralmente exigible a un perro raza Beagle?* , la conducta propia dentro de su entorno, *¿Cuál es dicha conducta?* Perro cazador altamente olfativo dispuesto a recorrer largos parajes para la obtención de su presa. *¿Puede dicha conducta exigirse si el perro Beagle está domesticado?* Ciertamente no, porque ha sido separado de su ecosistema. De esta forma, sólo puedo exigir una conducta estrictamente natural dentro de un ecosistema específico, dicho ecosistema específico debe ser comprendido como una unidad que incluye todos los organismos en una zona determinada interactuando con el entorno físico, de tal forma que un flujo de energía conduce a su estructura trófica claramente definida, en base a su propia diversidad biótica y sus ciclos materiales.

B. NÚCLEO DOGMÁTICO.

El núcleo dogmático refiere a aquel elemento epistemológico que hace a una disciplina única y diferente a las demás, pero a la vez inserta como parte de un estudio superior y englobante, en este caso, el Derecho Ambiental.

El núcleo dogmático del Derecho Animal está conformado por la sumatoria ontológica de las premisas que se indican a continuación, constituyendo el núcleo dogmático de la disciplina:

- (i) Obligación jurídica *prima facie* de detener a los agentes humanos – promotores comerciales, cazadores furtivos y terceras partes interesadas – cuyas acciones violen los derechos de los animales.⁷
- (ii) Obligación jurídica de los humanos de detener la destrucción del hábitat natural que sustenta la vida de los animales.⁸
- (iii) Consideración jurídico-moral que los derechos de los animales y los humanos no son iguales, son diferentes, pero dicha diferencia no implica una jerarquización entre ambos derechos, sino que más bien, se encuentran en un estadio de plena y coherente igualdad dentro de su intrínseca diferenciación.⁹
- (iv) Fundamento ontológico consistente en extender los derechos a todos los animales capaces de sentir placer/dolor, es decir, seres dotados de sensación¹⁰, sumado a la negación rotunda del *especieísmo*, como forma de discriminación éticamente indefendible contra determinados seres sobre la base de su pertenencia a una especie diversa a la humana.

La sumatoria de las cuatro premisas previas conlleva copulativamente la creación de una disciplina independiente y autosuficiente, que detenta un eje o

⁷ Derechos Animales y ética medioambiental, Tom Regan, North Carolina State University, Página 127.

⁸ Ídem.

⁹ Animal Liberation, All Animals are equals, Chapter 1, Peter Singer.

¹⁰ Ética más allá de los límites de la especie, Peter Singer, Editorial Teorema, Volumen XVIII/3, 1999, PP. 5-16.

principio rector inamovible, y hace a modo de esencia respecto las demás disciplinas que puedan asemejarse.

C. OBJETO DE LA DISCIPLINA.

Refiere a determinar si el animal puede ser sujeto de derecho. El autor peruano Gonzales Prada expresa que “*dentro del concepto genuinamente clásico de la noción de sujeto de derecho, al hombre y sólo al hombre corresponde el goce de esta calidad: él representa el punto céntrico, alrededor del cual giran todas las normas jurídicas, el eje del sistema, la esencia: el Derecho es esencialmente antropocéntrico*” [...]. Sin perjuicio de lo anterior sólo: “*El Derecho, al lado del hombre, el sujeto jurídico por excelencia, admite otros: las personas morales, seres desprovistos de existencia física, mas no de la aptitud de tener derechos u obligaciones*”¹¹. Así las cosas, si el ser moral puede ser plenamente identificado con ausencia de existencia física, con mayor razón el concepto se hace extensivo a los animales, que además de gozar de naturaleza física son ontológicamente capaces de sentir (*placer y dolor*) y de conducir su conducta en orden a su propia preservación. No es posible acotar la personalidad moral netamente a las entidades jurídicas, se hace necesario englobar en el sistema jurídico una interpretación extensiva del concepto haciéndolo versátil y mutable a la totalidad de los animales, independientemente del medio en el cual se desenvuelvan.

Ya en 1975, Peter Singer, en su artículo referente a la “*Liberación Animal*” nos indicaba que si un ser *sufre*¹², no puede haber justificación moral alguna para negarse a tener en cuenta este sufrimiento. Al margen de la naturaleza del ser, el *principio de igualdad* exige que —en la medida en que se puedan hacer comparaciones *grosso modo*— su sufrimiento cuente tanto como el mismo

¹¹ Alfredo Gonzales Prada. *El Derecho y el animal*. Tesis para el doctorado en jurisprudencia. Imp. Artística – calonge. 1914. Lima. p.14.

¹² Peter Singer en su libro “*Liberación Animal*” analiza las Cifras facilitadas en 1988 por el *US National Cáncer Institute* que muestran que la media general del cáncer, incluso cuando se ajusta al aumento de edad de la población, ha estado creciendo alrededor de un 1% por año durante treinta años. Informes recientes sobre el descenso de las cifras de cáncer de pulmón entre jóvenes estadounidenses pueden ser la primera señal de un cambio de esta tendencia, puesto que el cáncer de pulmón causa más muertes que cualquier otra forma de cáncer. Sin embargo, si el cáncer de pulmón está disminuyendo, esta deseada noticia no es el resultado de ninguna mejora en el tratamiento, sino del hecho de que los jóvenes, sobre todo los hombres blancos, están fumando menos. Las cifras de supervivencia al cáncer de pulmón apenas han variado. Sabemos que fumar causa entre un 80% y un 85% de todos los casos de cáncer de pulmón. Debemos preguntarnos: *¿Podemos justificar que se fuerce a miles de animales a inhalar humo de tabaco para que desarrollen cáncer de pulmón, cuando sabemos que prácticamente podríamos acabar con la enfermedad eliminando el uso del tabaco?* Si las personas deciden continuar fumando, sabiendo que así se arriesgan a un cáncer de pulmón, *¿es correcto hacer sufrir a los animales el coste de esta decisión?*

sufrimiento de cualquier otro ser. Cuando un ser carece de la capacidad de sufrir, o de disfrutar o ser feliz, no hay nada que tener en cuenta. Por tanto, el único límite defendible a la hora de preocuparnos por los intereses de los demás es el de la *sensibilidad* (entendiendo este término como una simplificación que, sin ser estrictamente adecuada, es útil para referirnos a la capacidad de sufrir y/o disfrutar). Establecer el límite por alguna otra característica como la inteligencia o el raciocinio sería arbitrario. *¿Por qué no habría de escogerse entonces otra característica, como el color de la piel?* El racista viola el principio de igualdad al dar más peso a los intereses de los miembros de su propia raza cuando hay un enfrentamiento entre sus intereses y los de otra raza. El sexista viola el mismo principio al favorecer los intereses de su propio sexo. De modo similar, el *especista* permite que los intereses de su propia especie predominen sobre los intereses esenciales de los miembros de otras especies¹³. Y es dicho predominio arbitrario del animal el que ha limitado el objeto del Derecho Animal, atentando con su estructura epistemológica, eliminándolo como rama del Derecho Ambiental. Dicho de otro modo, es la esencia *especista* la que desvirtúa el objeto del Derecho Animal: “*la capacidad de sentir, de disfrute del placer y sufrimiento del dolor*”. Para que un ser tenga intereses en un sentido estricto, no metafórico, tiene que ser capaz de sufrir o experimentar placer. Si un ser sufre, no puede haber ninguna justificación moral para no tener en cuenta ese sufrimiento, o para negarse a considerarlo del mismo modo que el sufrimiento similar de cualquier otro ser. Pero también es verdad lo contrario. Si un ser es incapaz de sufrir, o de disfrutar, no hay nada a tener en cuenta. Así, pues, el problema de establecer un límite es el problema de decidir cuándo estamos justificados para asumir que un ser es incapaz de sufrir¹⁴.

¹³ Peter Singer, “*Liberación Animal*”, Artículo Publicado en la Revista *The New York Review of Books* N°8 del Volumen L, 15 de mayo de 2003.

¹⁴ Ídem.

II. TESIS RELATIVAS A LA EXISTENCIA DE DERECHOS EN FAVOR DE LOS ANIMALES.

A. TESIS DEL DERECHO NATURAL: DE LA NEGACIÓN IRRESTRICTA DE DERECHOS.

Los principios o mandatos del Derecho Natural han sido puestos por la naturaleza en todos los seres humanos y se descubren, mediante la razón, en el propio fondo de éstos. En su esencia, la naturaleza humana es idéntica en todos los hombres y no varía; de ahí la consecuencia que los preceptos de Derecho Natural sean inmutables y universales a pesar de la diversidad de las condiciones individuales, de los medios o ambientes históricos y geográficos, de las civilizaciones y de las culturas.

El Derecho Natural ha considerado que para ser sujeto de derechos se requiere ser “*persona*”, es persona todo humano dotado de razón con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones. Para el Derecho Natural el animal carece de derechos toda vez que:

(i) Carecen de razón; entendida como aquella facultad propia de los humanos de identificar conceptos, cuestionarlos, hallar coherencia o contradicción entre ellos; y así, inducir o deducir otros conceptos distintos de los que ya conoce.

(ii) Al carecer de razón, no pueden ejercer derechos ni contraer obligaciones, es decir, la naturaleza, los vegetales ni los animales pueden ser sujetos de derecho, dado que no son responsables, no tienen deberes o responsabilidades jurídicas. Son los humanos quienes tienen obligaciones para con los animales, dichas obligaciones son: la preservación, el respeto y el cuidado.

(iii) No son sujetos morales, no pueden diferenciar la bondad de la maldad anticipándose al hecho objetivo producto de una cadena consecutiva de actos morales entrelazados.

La misma Real Academia de la Lengua Española – acuñando una tesis *ius naturalista* de larga data - ha limitado el concepto de derecho como una “*facultad del*

ser humano para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida”, o el “conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva”.

De esta forma, son los seres humanos quienes se responsabilizan de sus propios actos para con los animales, a partir de los principios éticos y morales. Para el Derecho Natural el debate no se centra en el hecho si los animales tienen o no derechos, sino cuáles son nuestras obligaciones hacia ellos. Y cualquier discusión enfocada a la desequilibrada relación entre el ser humano y los animales no debe estar enfocada a partir de unos derechos inexistentes en la fauna, sino a partir de la evaluación de la necesidad que tenemos de ejercer determinados poderes sobre los animales.

La presente tesis detenta – a nuestro juicio - dos falencias argumentativas básicas:

(i) Niega la capacidad de los animales no humanos a *sentir placer o dolor* (objeto de la disciplina), es decir, los animales pueden experimentar sensaciones, y aún más, determinar de forma previa dicha sensación, y en base a ello “*decidir*” lo más conveniente en función de su propia naturaleza, siempre lo más conveniente será aquello que no destruya su propia esencia y le otorgue vida, es decir, ningún ser, por más minúsculo (desde su esfera ontológica) que sea, deseará su propia destrucción, es decir, propenderá siempre a la vida. Si el animal es capaz de sentir placer o dolor significa que puede escoger antecedentes del medio natural y determinar su conducta en función de los mismos *¿acaso ello no significa decidir?* , cuando un perro *decide* no atravesar la calle por la posibilidad de fallecer atropellado, es porque ha experimentado sensaciones del medio natural y sujetado su conducta a la toma de una decisión determinada.

(ii) Buscar una igualación entre los derechos de los animales y los derechos de los humanos. No pueden igualarse los derechos debido a que los sujetos morales en cuestión son entitativamente diversos, es decir, “*pastelero a sus pasteles*”, los unos tendrán sus derechos y los otros tendrán los de suyo, lo anterior fundamentado en la existencia de diferencias somático-psicológicas en cada entidad que forman parte

divergente de su constructo jurídico-moral. No pretendemos la igualación en sus derechos, sino el otorgamiento de derechos diferentes atendida la naturaleza y esencia de cada ser.

B. TESIS ECOLOGISTA: DEL OTORGAMIENTO IRRESTRICTO DE DERECHOS.

Los ecologistas profundos toman como base las siguientes premisas para fundamentar el Derecho Animal irrestricto y total respecto de todas las especies de animales sin distinción alguna:

(i) Los animales no se comunican en lenguaje humano necesitan que los humanos hablen por ellos, por lo tanto, se plantea una especie de mandato jurídico social basado en presupuestos sociológicos y jurídicos.

(ii) Defender a los animales no significa preocuparse más de ellos que de los humanos, se trata de proteger a otras especies de tratos crueles e injustos y de no causarles ningún daño.

(iii) Los animales no necesitan de forma exacta los mismos derechos que los humanos. Por ejemplo, el derecho a votar en elecciones sería inútil para un loro, pero el derecho a la libertad, el derecho a ejercitar su propia y libre voluntad y a vivir sin ser encerrados o torturados es tan importante para los animales como lo es para los humanos.

(iv) Los animales experimentan felicidad, tristeza, miedo, dolor físico, rabia y aburrimiento, disfrutan de la compañía de sus iguales; hay una conexión cercana entre las madres y sus hijos, los animales jóvenes disfrutan y aprenden del juego, y que ellos desarrollan amistades y tienen necesidades, al igual que los humanos.

(v) Los animales no pueden tocar el piano o pilotear un avión (tampoco lo pueden hacer muchos humanos). Pero los animales pueden hacer algunas cosas que están más allá de los humanos, tales como: balancearse a través de los árboles como un orangután o bien oler un hueso a 100 metros de distancia como el perro promedio.

(vi) Los animales son capaces de comunicarse; usan sonidos y otros signos, tales como el lenguaje corporal, "*conversar*" con otros - atraer una nueva pareja, expresar satisfacción o advertir a los otros sobre algún peligro. Las ballenas, son capaces de comunicarse a través de vastas distancias.

(vii) Los animales son capaces de sentir dolor. Si pateas a los perros, ellos aullarán y se acurrucarán. Si pisas las colas de los gatos, ellos aullarán y correrán. Ya sea en casa, en una granja, en un laboratorio, en cautividad o en el mundo salvaje los animales experimentan dolor y miedo y tratan de protegerse de ser heridos. Incluso cuando no podemos tener certeza de que los animales sienten dolor - por ejemplo, en el caso de los gusanos o insectos – se les debería otorgar la duda razonable, a falta de técnica que lo corrobore.

(viii) Existen formas de abuso a los animales, una de ellas es el asesinato para servir como alimento a los humanos, experimentos de laboratorio, extracción de pieles para vestimenta, caza por diversión, abandono, encierro en jaulas de zoológicos y circos, contaminación y destrucción de los ecosistemas en los cuales habitan y se desenvuelven.

C. TESIS DEL AUTOR: ECLÉCTICA DEL OTORGAMIENTO DE DERECHOS.

Creación de un estatuto intermedio entre la calidad jurídica de “cosa mueble” y animal, otorgándoles determinados derechos (taxativos) consistentes en base a su presupuesto ontológico diverso en directa relación con el nivel de contacto que mantienen con los humanos, en función del grado evolutivo adquirido. Se pretende la creación de un estatuto intermedio entre la calidad jurídica de “cosa mueble” y humano.

Atendida la especialísima calidad jurídica de los animales es que debemos otorgarle un contenido único no asimilable al de un humano, como tampoco asimilable al de una cosa. Consideramos la creación de un estatuto jurídico intermedio que permita perfeccionar la entidad ontológica del animal. No es jurídica, ni moralmente aceptable seguir otorgando a los animales un estatuto jurídico de cosa al modo de lo concebido en el Artículo 567 del Código Civil Chileno, es decir, como una cosa corporal mueble, toda vez, que los animales detentan facultades superiores a la de una cosa: capacidad de sentir *placer/dolor*, comunicación, facultades básicas de todo ente viviente (*reproducción, digestión, excreción*), reconocimiento de aquello que les afecta, capacidad de auto-determinarse en la toma de una decisión en función de aquello que es más conveniente con su naturaleza y no la destruye mermando su entidad ontológica.

Los animales se encuentran jerarquizados según su grado de relación con el hombre, grado evolutivo adquirido y su nivel inherente de domesticación. En base a estos elementos hemos efectuado la siguiente jerarquización:

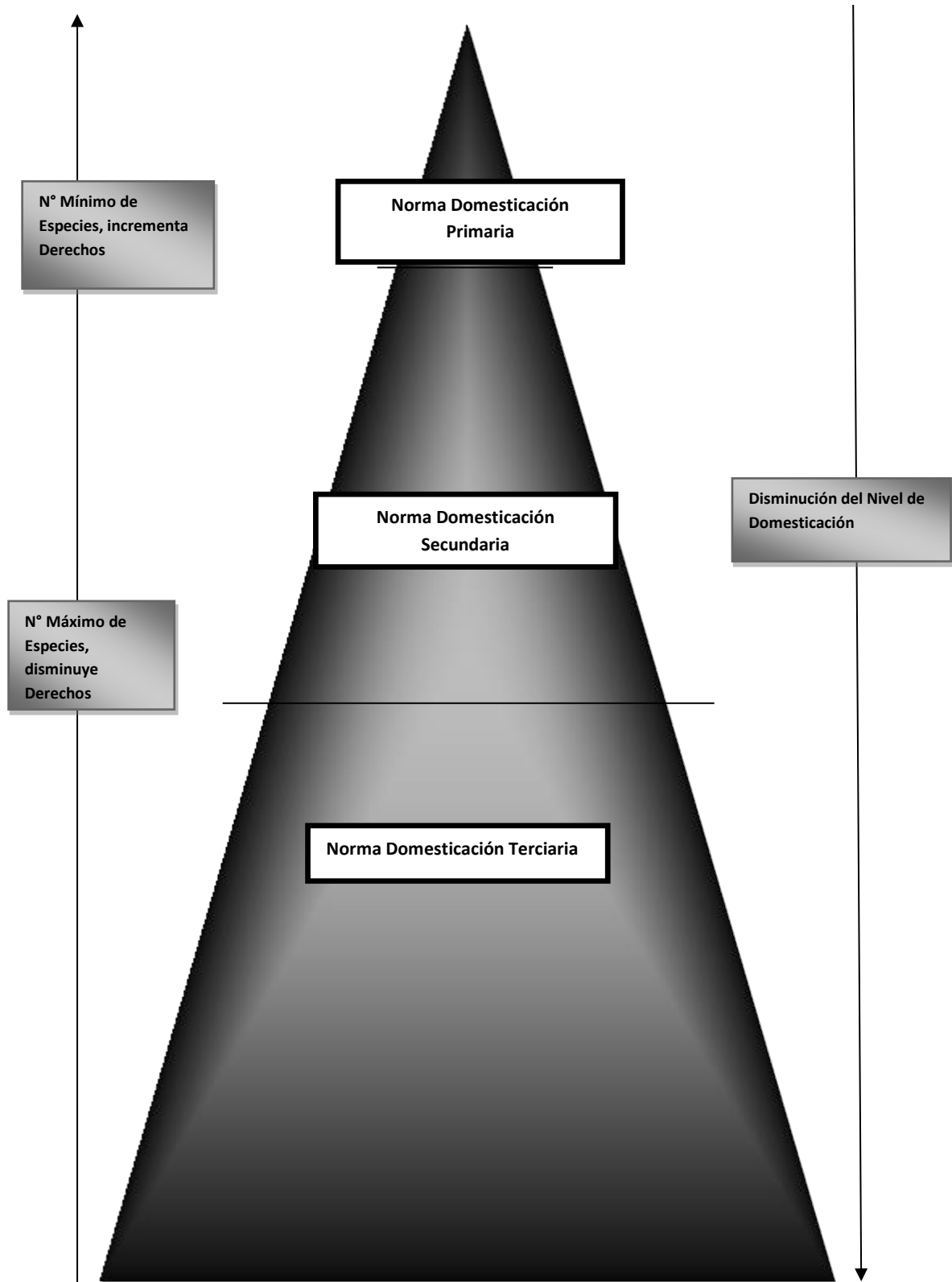
(i). Norma de Domesticación Primaria: Corresponde a todos aquellos animales que comparten con el humano “*la más cercana relación*” fisiológica, psicológica y social, y que por tanto se considerarán como no esenciales para el desenvolvimiento de la cadena alimenticia en favor del hombre. Ejemplo: Perro.

b. Norma de Domesticación Secundaria: Corresponde a todos aquellos animales que comparten con el humano “*alguna relación*” ya sea fisiológica,

psicológica o social, y que por lo tanto se considerarán como medianamente esenciales para el desenvolvimiento de la cadena alimenticia en favor del hombre. Ejemplo: Ratonés.

c. Norma de Domesticación Terciaria: Corresponde a todos aquellos animales que no comparten, o más bien se alejan, con el animal humano a alguna relación ya sea fisiológica, psicológica o social y que por tanto se consideran excesivamente esenciales para el desenvolvimiento de la cadena alimenticia dado su carácter de depredador conservador de la cadena alimenticia. Ejemplo: León.

A modo de ejemplificación en el otorgamiento de derechos, se ha diseñado una pirámide explicativa, que tiene por objeto facilitar el análisis ontológico de las diversas especies de animales en relación con el otorgamiento de derechos.



Otro elemento que sustenta nuestra tesis ecléctica está dada por la idea de otorgamiento de derechos taxativos en favor de los animales, bajo el entendido que los animales no pueden detentar derechos subjetivos, pero sí pueden ser sujetos de sus propios derechos. En efecto, los derechos que pueden ser otorgados a los animales son taxativos e independientes de los derechos que pueden ser otorgados a los humanos, así las cosas, podemos señalar los siguientes:

- a) Derecho al respeto.
- b) Derecho a no ser exterminado.
- c) Derecho a la atención, a los cuidados y a la protección del animal humano.
- d) Derecho a no ser sometido a malos tratos ni a actos crueles.
- e) Derecho a una muerte instantánea, indolora y no generadora de angustia, de ser necesaria.
- f) Derecho del animal no humano salvaje a vivir libre en su propio ambiente natural, terrestre, aéreo o acuático y a reproducirse, de modo tal que toda privación de libertad, incluso aquella que tenga fines educativos, es contraria a este derecho.
- g) Derecho del animal no humano perteneciente a una especie que viva tradicionalmente en el entorno del hombre tiene derecho a vivir y crecer al ritmo y en las condiciones de vida y de libertad que sean propias de su especie. Toda modificación de dicho ritmo o dichas condiciones que fuera impuesta por el hombre con fines mercantiles es contraria a dicho derecho.
- h) Derecho del animal no humano que el animal humano haya escogido como compañero tiene derecho a que la duración de su vida sea conforme a su longevidad natural. El abandono de un animal es un acto cruel y degradante.
- i) Derecho del animal no humano - de trabajo - a una limitación razonable del tiempo e intensidad del trabajo, a una alimentación reparadora y al reposo.
- j) Cualquier tipo de experimentación que implique un sufrimiento físico o psicológico es incompatible con los derechos del animal no humano, tanto si se trata de experimentos médicos, científicos, comerciales, como de otra forma de experimentación.

- k) Cuando un animal no humano es criado para la alimentación debe ser nutrido, instalado y transportado, así como sacrificado, sin que ello resulte para él motivo de ansiedad o dolor.
- l) Ningún animal no humano debe ser explotado para esparcimiento del animal humano. Las exhibiciones de animales no humanos y los espectáculos que se sirvan de animales no humanos son incompatibles con la dignidad del animal no humano.
- m) Todo acto que implique la muerte de un animal no humano sin necesidad es un *biocidio*, es decir, un crimen contra la vida.
- n) Todo acto que implique la muerte de un gran número de animales no humanos salvajes es un genocidio, es decir, un crimen contra la especie. La contaminación y la destrucción del ambiente natural conducen al genocidio.
- o) Todo animal no humano muerto debe ser tratado con respeto. Las escenas de violencia, en las cuales los animales son víctimas, deben ser prohibidas en el cine y en la televisión, salvo si ellas tienen como fin dar muestra de los atentados contra los derechos de los animales no humanos.
- p) Los organismos de protección y salvaguarda de los animales no humanos deben ser representados a nivel gubernamental. Los derechos del animal no humano deben ser defendidos por la ley, como lo son los derechos del animal humano.

III. BREVE COMENTARIO DE SENTENCIA

ORANGUTÁN SANDRA A LA LUZ DE LA

LEGISLACIÓN CHILENA.

Los animales no pueden detentar derechos subjetivos, pero sí pueden ser sujetos de sus propios derechos. En efecto, los derechos que pueden ser otorgados a los animales son taxativos e independientes de los derechos de los humanos.

En el presente acápite pretendemos determinar las vías judiciales y legales que hubiese detentado el caso de orangután Sandra de haber sido visto, juzgado y sentenciado dentro de la jurisdicción y competencia de los Tribunales Chilenos, lo cual se abordará desde la perspectiva del Derecho Civil y Derecho Penal Chileno.

A. DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CIVIL CHILENO.

La legislación Chilena en materia animal detenta como normativa rectora el Decreto N° 141 del Ministerio de Relaciones Exteriores de fecha 18 de febrero de 1975 que introduce en Chile la “*Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres*” y el Decreto N° 531 del Ministerio de Relaciones Exteriores de fecha 4 de agosto de 1967 que introduce en Chile la “*Convención para la protección de la flora, fauna y bellezas escénicas naturales de América*”. En cuanto a normativa específica debemos detenernos un momento en el análisis de la Ley 20.380 de fecha 3 de octubre de 2009 del Ministerio de Salud que regula la “*Protección de Animales*”, la cual en su artículo N° 1 define su objetivo y ámbito de aplicación señalando que:

“Esta ley establece normas 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 efecto, la presente norma preceptúa el concepto de “sufrir”, definido por la Real Academia de la Lengua Española como “*el sentir físico/moral de un daño, un dolor, una enfermedad o un castigo*”. De esta forma, el sufrimiento sólo es predicable

de un ente con capacidad de discernir aquello que no le es conveniente conforme a su naturaleza y contrario a su íntimo placer, por tanto *¿si el animal puede sentir dolor; por qué negarle el otorgamiento de derechos?*, y volvemos a la idea de Peter Singer, quien nos indicaba que si un ser *sufre*¹⁵, no puede haber justificación moral alguna para negarse a tener en cuenta este sufrimiento. Al margen de la naturaleza del ser, el *principio de igualdad* exige que —en la medida en que se puedan hacer comparaciones grosso modo— su sufrimiento cuente tanto como el mismo sufrimiento de cualquier otro ser. Cuando un ser carece de la capacidad de sufrir, o de disfrutar o ser feliz, no hay nada que tener en cuenta.

Sumado a lo anterior, el concepto de sufrimiento se ve reiterado en diversos acápite de la ley, la cual nos indica que:

En su Artículo 3°:

“... La libertad de movimiento de los animales silvestres no debe ser restringida de manera innecesaria, especialmente si ello les ocasionare sufrimiento y alteración de su normal desarrollo”, reiterándolo en su Artículo 7°,

“... 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”.

A su vez el Artículo 11° indica que:

¹⁵ Peter Singer en su libro *“Liberación Animal”* analiza las Cifras facilitadas en 1988 por el *US National Cancer Institute* que muestran que la media general del cáncer, incluso cuando se ajusta al aumento de edad de la población, ha estado creciendo alrededor de un 1% por año durante treinta años. Informes recientes sobre el descenso de las cifras de cáncer de pulmón entre jóvenes estadounidenses pueden ser la primera señal de un cambio de esta tendencia, puesto que el cáncer de pulmón causa más muertes que cualquier otra forma de cáncer. Sin embargo, si el cáncer de pulmón está disminuyendo, esta deseada noticia no es el resultado de ninguna mejora en el tratamiento, sino del hecho de que los jóvenes, sobre todo los hombres blancos, están fumando menos. Las cifras de supervivencia al cáncer de pulmón apenas han variado. Sabemos que fumar causa entre un 80% y un 85% de todos los casos de cáncer de pulmón. Debemos preguntarnos: *¿Podemos justificar que se fuerce a miles de animales a inhalar humo de tabaco para que desarrollen cáncer de pulmón, cuando sabemos que prácticamente podríamos acabar con la enfermedad eliminando el uso del tabaco?* Si las personas deciden continuar fumando, sabiendo que así se arriesgan a un cáncer de pulmón, *¿es correcto hacer sufrir a los animales el coste de esta decisión?*

“En el beneficio y sacrificio de animales deberán emplearse métodos racionales tendientes a evitarles sufrimientos innecesarios...”, corroborando la idea en su Artículo 19° indicando que:

“Los métodos que se utilicen para los efectos de lo dispuesto en la letra f) del inciso anterior, deberán ser racionales, tender al mínimo riesgo para la salud de las personas y evitar el sufrimiento innecesario de los animales vertebrados”.

Si nos remontamos al análisis de la sentencia a la luz de la normativa contenida en la Ley 20.380, las únicas sanciones que podrían ser impuestas en contra del zoológico serían aquellas contenidas en el inciso primero del artículo 13° que al efecto indica:

“... Las infracciones a los artículos 5°, inciso primero¹⁶, y 11, así como a las normas relacionadas con el transporte de ganado, serán sancionadas con multa de una a cincuenta unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, la multa podrá elevarse al doble. El cumplimiento de la normativa señalada en este inciso será fiscalizado por el Servicio Agrícola y Ganadero, aplicándose el procedimiento de sanción y reclamo contenido en el párrafo IV del Título I de la ley N° 18.755¹⁷...”

Al vislumbrar la norma indicada reparamos en la carencia de sanciones estrictas en materia de protección animal, el rango de aplicación de la pena civil se circunscribe meramente a multas entre una a cincuenta unidades tributarias mensuales,

¹⁶ Ley 20.380. Artículo 5°.- Los circos, parques zoológicos y otros lugares destinados al espectáculo o exhibición de los animales; los laboratorios de diagnóstico veterinario; los establecimientos destinados a la producción industrial de animales y sus productos, y los locales comerciales establecidos para la compraventa de animales, deberán contar con las instalaciones adecuadas a las respectivas especies y categorías de animales para evitar el maltrato y el deterioro de su salud. Asimismo, deberán adoptar todas las medidas necesarias para resguardar la seguridad de las personas.

¹⁷ El procedimiento que establece este párrafo será de aplicación general para resolver las denuncias por infracciones a las normas legales o reglamentarias que se indican en el artículo 2° y reemplazará a cualquier otro establecido en dichas disposiciones. Serán competentes para conocer y sancionar las infracciones a dichas leyes o reglamentos los Directores Regionales dentro del territorio de sus respectivas jurisdicciones. Los Directores Regionales podrán delegar la facultad de conocer las causas indicadas en el inciso anterior en funcionarios de su dependencia.

las cuales son totalmente inefectivas para los casos de vulneración de los derechos de los animales.

Sin perjuicio que las sanciones son bajas desde el punto de vista patrimonial, podemos destacar la existencia de otras normativas asociadas que tienen por objeto reforzar la protección del animal, reconociendo el concepto de *sufrimiento* e integrándolo al sistema legal Chileno reforzando las sanciones. Este reforzamiento impositivo se genera a través de la Ley 19.473 del Ministerio de Agricultura de fecha 27 de septiembre de 1996 que establece la Ley de Caza y la Ley N° 18.992 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de fecha 23 de diciembre de 1989 que establece la Ley General de Pesca y Acuicultura. El presente reforzamiento se considera insuficiente, toda vez que aun cuando establece penas corporales, es inaplicable dado el bajo nivel de las penas, a ello se suma su aplicación a casos taxativos y sectoriales que harían inaplicable en Chile la sentencia de la Cámara de Casación Penal Sala II de la República de Argentina.

B. DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL CHILENO.

El Código Penal Chileno establece en su artículo 291 bis que: *“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”*.

El acto contra la orangután podría sancionarse penalmente mediante el presente tipo penal, ahora bien hay que reparar que el tipo penal establece dos estadios de pena posibles:

- (i) Presidio menor en sus grados mínimo a medio, más una multa de dos a treinta unidades tributarias mensuales.
- (ii) Sólo treinta unidades tributarias mensuales.

Lo anterior, quedará a la apreciación que efectúe el Tribunal de Garantía Chileno, quien podrá ponderar la pena en función de lo solicitado por los intervinientes dentro del proceso penal, sin poder excederse del margen legal indicado. Atendido a que la orangután “Sandra” había sido privado ilegítima y arbitrariamente de su libertad por parte de las autoridades del Zoológico de la Ciudad de Buenos Aires y que su estado de salud físico y psíquico se encontraba profundamente deteriorado, con evidente riesgo de muerte, es que la pena aplicable debería ser la máxima franqueada por el Código Penal Chileno.

Si bien esta norma parece suficientemente clara en las sanciones aplicables al maltrato o crueldad, lo cierto es que es escasamente aplicada por los Tribunales de Justicia Chilenos, pues adolece de varias falencias que la nueva normativa, actualmente en trámite legislativo, vendrá a perfeccionar¹⁸. Así, uno de los principales defectos está referido a que el mencionado artículo no señala que conductas constituyen maltrato o crueldad animal, por lo cual se debe recurrir a las normas de interpretación que establece el Código Civil Chileno, el cual dice que las palabras

¹⁸ Conciencia Animal, <http://www.conciencia-animal.cl/paginas/temas/temas.php?d=751>. Consultada con fecha 22/04/2017.

deben entenderse en su sentido natural y obvio, es decir, aquel que común y generalmente se le da a la palabra en cuestión, lo cual complica aún más la aplicación de la pena, al hacer más difuso su nivel de interpretación normativo.

IV. CONCLUSIÓN.

El Derecho Chileno deberá generar un estatuto especial derogativo que permita a los animales dejar de detentar la naturaleza jurídica cosa mueble y les permite identificarse con una esencia intermedia, que nos los haga persona, pero que tampoco los reduzca a un bien. Lo anterior fundamentado en facultades superiores excluyentes, tales como la capacidad de sentir *placer/dolor*, comunicación, facultades básicas de todo ente viviente (*reproducción, digestión, excreción*), reconocimiento de aquello que les afecta, capacidad de auto-determinarse en la toma de una decisión en función de aquello que es más conveniente con su naturaleza y no la destruye mermando su entidad ontológica.

Es por lo anteriormente expuesto que los derechos de los animales deberán graduarse en función de su naturaleza ontológica, considerando su grado de relación con el hombre, grado evolutivo adquirido y su nivel inherente de domesticación. En base a estos elementos proponemos la escala de jerarquización en normas de domesticación primaria, secundaria y terciaria.

La Cámara de Casación Penal Argentina en su Sala II, sentó un precedente más que relevante a nivel latinoamericano y mundial en materia de Derecho Animal, que deberá ser considerado como precedente por la jurisdicción Chilena en la aplicación y ponderación de sus sentencias, estamos al “debe” con los animales y excesivamente retrasados en la creación de prácticas jurídicas y jurisdiccionales en materia de Derecho Animal.

V. BIBLIOGRAFÍA.

1. Considera comentarios de abogada R. Marcela Viglione, Acción de Hábeas Corpus “Orangutana, Sandra Habeas Corpus”. Comentarios sobre un fallo inédito.
2. “Liberación Animal”, The New York Review of Books n°8 del volumen L, 15 de mayo de 2003, Peter Singer.
3. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Reunida en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972, atenta a la necesidad de un criterio y unos principios comunes que ofrezcan a los pueblos del mundo inspiración y guía para preservar y mejorar el medio humano.
4. Derechos Animales y ética medioambiental, Tom Regan, North Carolina State University, Página 127.
5. Animal Liberation, All Animals are equals, Chapter 1, Peter Singer.
6. Ética más allá de los límites de la especie, Peter Singer, Editorial Teorema, Volumen XVIII/3, 1999, PP. 5-16.
7. Alfredo Gonzales Prada. El Derecho y el animal. Tesis para el doctorado en jurisprudencia. Imp. Artística – calonge. 1914. Lima. p.14.
8. Peter Singer en su libro “Liberación Animal” analiza las Cifras facilitadas en 1988 por el US National Cáncer Institute que muestran que la media general del cáncer, incluso cuando se ajusta al aumento de edad de la población, ha estado creciendo alrededor de un 1% por año durante treinta años.
9. Ley 19.473 del Ministerio de Agricultura de fecha 27 de septiembre de 1996 que establece la Ley de Caza y la Ley N° 18.992 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de fecha 23 de diciembre de 1989 que establece la Ley General de Pesca y Acuicultura.