



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

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

BIOÉTICA ANIMAL

El principio de protección del bienestar animal: elementos para su configuración en el derecho chileno

Animal Welfare Protection Principle: Elements for its configuration in Chilean Law

El principi de protecció del benestar animal: elements per a la seva configuració en el dret xilè

ALFONSO HENRÍQUEZ RAMÍREZ *

* Alfonso Henríquez Ramírez. Doctor en Derecho, Magíster en Filosofía Moral, Profesor Departamento Historia y Filosofía del Derecho, Universidad de Concepción (Chile). Email: alfohenriquez@udec.cl.



Copyright (c) 2021 Alfonso Henríquez Ramírez

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

Resumen

El derecho animal chileno se fundamenta en un principio, al cual llamamos principio de protección del bienestar animal. Este se obtiene por inducción, a partir del análisis sistemático de la normativa vigente, del estudio de los propósitos del legislador, y de la evolución que ha experimentado el derecho en este ámbito. Dicho principio cumple varias funciones relevantes, tales como la de servir de parámetro de interpretación, herramienta para colmar lagunas o solucionar antinomias, y como crítica del derecho vigente. Al mismo tiempo, también permite comprender mejor el tránsito que ha experimentado el ordenamiento chileno, el cual ha pasado desde un enfoque puramente propietario, hacia otro más centrado en la protección del bienestar animal.

Palabras clave: derecho animal; ética animal; sintiencia; tenencia responsable; principio de protección.

Abstract

Chilean animal law is based on a principle, which we call the animal welfare protection principle. This principle is obtained by induction, from the systematic analysis of current regulations, the study of the legislator's purposes, and the evolution that law has undergone in this area. This principle fulfills several relevant functions, such as serving as a parameter of interpretation, a tool to solve antinomies, and as a criticism of current law. At the same time, it also allows us to better understand the transition that the Chilean system has experienced, which has gone from a purely proprietary approach to one more focused on the protection of animal welfare. Key words: animal law, animal ethics, sentience, responsible pet ownership, protection principle.

Keywords: animal law; animal ethics; sentience; responsible pet ownership; protection principle.

Resum

El dret animal xilè es fonamenta al principi, al qual anomenem principi de protecció del benestar animal. Aquest s'obté per inducció, a partir de l'anàlisi sistemàtica de la normativa vigent, de l'estudi dels propòsits del legislador, i de l'evolució que ha experimentat el dret en aquest àmbit. Aquest principi compleix diverses funcions rellevants, tals com la de servir de paràmetre d'interpretació, eina per a satisfer llacunes o solucionar antinòmies, i com a crítica del dret vigent. Al mateix temps, també permet comprendre millor el trànsit que ha experimentat l'ordenament xilè, el qual ha passat des d'un enfocament purament propietari, cap a un altre més centrat en la protecció del benestar animal.

Paraules claus: dret animal; ètica animal; sintienca; tinença responsable; principi de protecció.

1. Introducción

El derecho chileno no acepta hoy en día la posición de que los animales puedan ser tratados de cualquier forma. En este sentido, existen ciertos límites que la normativa reconoce y regula. Sin embargo, subsiste la duda acerca de los fundamentos u objetivos que se buscan con esta legislación. Para contribuir a aclarar este problema, nosotros vamos a sostener que nuestro ordenamiento se estructura en torno a un principio, el cual sirve de inspiración para sus normas, como parámetro de interpretación e integración del derecho vigente, y como argumento para avanzar hacia su mejora y perfeccionamiento. En este sentido, nuestro trabajo estará dividido en seis secciones. En la primera, sostendremos que el derecho puede adoptar dos aproximaciones distintas con respecto al problema de los animales. Esto nos servirá para comprender mejor el tránsito que ha experimentado el ordenamiento chileno, el cual ha pasado desde un enfoque puramente propietario, hacia otro más centrado en el bienestar animal (si bien de forma incipiente). En las secciones dos a seis, fundamentaremos la existencia del principio de bienestar animal, centrándonos en sus principales manifestaciones, contenido, estructura y funciones. Finalizaremos el trabajo con algunas conclusiones generales.

2.- Los animales y el derecho: dos enfoques

El derecho puede adoptar dos aproximaciones distintas con respecto al problema de los animales (De Grazia, 2002, 14; Mañalich, 2018, 328). En este sentido, podemos hablar de un enfoque propietario, o bien, de otro bienestarista¹.

Para el enfoque indirecto o propietario, los intereses de los animales cuentan moralmente, pero solo como una de las formas entre las cuales podemos cumplir con nuestros deberes hacia la humanidad. En este sentido, autores como Kant o Carruthers, parten de la base que solo los

1 Podemos agregar también el enfoque de derechos o abolicionista. En este modelo, los animales son valiosos por sí mismos, de manera que no pueden ser utilizados como un medio para los fines humanos, aun cuando de esa utilización, se deriven importantes beneficios para el resto de la sociedad. Este enfoque es partidario de reconocer a los animales como sujetos de derechos, y de terminar con toda forma de explotación animal (Regan, 2016, 316). Existen algunas sentencias a nivel comparado que han avanzado en esta dirección. Por vía de ejemplo, podemos citar el caso de la orangutana Sandra en Argentina. En 2014 la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA), inició un procedimiento para obtener la liberación de Sandra. El caso llegó hasta el Juzgado Contencioso, Administrativo y Tributario número 4 de la Ciudad de Buenos Aires, dirigido por la juez Elena Liberatori. En su sentencia de primera instancia la magistrada señaló: "De conformidad con el precedente jurisprudencial mencionado, no se advierte impedimento jurídico alguno para concluir de igual manera en este expediente, es decir, que la orangutana Sandra es una persona no humana, y por ende, sujeto de derechos y consecuentes obligaciones hacia ella por parte de las personas humanas." (Regina, 2018, 144).

agentes morales tienen la capacidad para poder autodeterminarse. Esto se explica, debido a que solo estos sujetos pueden comprender el sentido de sus actos, y conducirse en conformidad con el deber (Kant, 2007, 48). A partir de lo anterior, concluyen que los animales solo son un medio puesto al servicio de los intereses humanos. El fundamento de esta afirmación descansa en que los animales no tienen la capacidad para razonar y para poder formular juicios morales, en otras palabras, no se pueden autodeterminar (Carruthers, 1995, 171). Bajo este enfoque, los animales constituyen cosas susceptibles de ser adquiridas y transferidas tanto por acto entre vivos como por causa de muerte. En este punto debemos tener presente algunos aspectos que resultan relevantes. En efecto, al ser cosas, los animales son concebidos como bienes que existen de modo separado de otras cosas, de manera que pueden ser objeto de uso, posesión y goce por las personas, y ser transferidos a otros sin que pierdan su identidad (MacCormick, 2011, 175). El segundo aspecto está dado por el hecho que las reglas que definen el estatuto jurídico de los animales, tienen una naturaleza constitutiva, puesto que regulan una actividad o una realidad lógicamente dependiente de las mismas reglas que la establecen. En efecto, la circunstancia de que los animales sean considerados objeto de propiedad, y, por tanto, cosas, está condicionada por la existencia de un conjunto de reglas de naturaleza convencional que no se limitan simplemente a regular una realidad que existe con independencia de estas, sino que crean una nueva categoría jurídica lógicamente independiente de los hechos que subyacen a la realidad que disciplina. Por otro lado, que una persona tenga un derecho real sobre un animal, como puede ser por ejemplo un derecho de propiedad, implica por definición que esta tiene, en términos hohfeldianos, una inmunidad frente a la toma de posesión unilateral del animal por parte de un tercero o de la autoridad (Hohfeld, 2009, 87). Como vemos, este enfoque se construye sobre la idea relativa a que, a diferencia del ser humano, los animales pertenecerían simplemente de la naturaleza, sometidos por entero a las leyes físicas, al instinto y, por ende, al dominio privado (Henriquez, 2014, 112). Dentro de este contexto, es muy difícil pensar a los animales como sujetos de derecho, o como una categoría jurídica distinta a la de cosa.

Para el enfoque bienestarista, el criterio de la sintiencia o capacidad de sentir es moralmente relevante, en la medida en que constituye la base de la igualdad y de la moralidad. En virtud de este criterio, sería moralmente incorrecto cualquier acto que cause sufrimiento a cualquier ser sintiente si no es por una razón justificada. En este orden de ideas, animales y humanos serían iguales al menos en un aspecto: su capacidad para sentir placer y dolor. Así, la sintiencia capacitaría a los animales para ser sujetos de consideración moral (Singer, 2018, 22). Sin embargo, y esto es muy relevante, el enfoque en estudio no apoya directamente que los animales deban ser considerados como portadores de derechos en un sentido fuerte. En efecto, el bienestarismo solo asume que el derecho debe preocuparse por mejorar sus condiciones de existencia, y de evitar que estos sufran daños innecesarios, reconociendo que sus intereses

pueden quedar pospuestos en aras de criterios de eficiencia económica o social (Chible, 2016, 395).

3.- El principio de protección del bienestar animal en el derecho chileno

El derecho animal chileno presenta dos características que dificultan su estudio: a) dispersión normativa; y b) carácter estatutario de su regulación. En relación con el primer punto, las normas que regulan la situación de los animales no pertenecen a un solo cuerpo normativo o a una sola rama del derecho (Montes, 2018, 4). Por el contrario, además de las normas propias del derecho privado, también encontramos disposiciones referidas a los animales en el derecho penal, en el derecho administrativo, en el derecho medioambiental y en el derecho sanitario, entre otros. A su vez, esta legislación no es uniforme, dado que está conformada por distintos estratos normativos, los cuales, además, son sucesivos en el tiempo. De este modo, nos encontramos con diferentes categorías dogmáticas –mascota, animal destinado al beneficio o consumo humano, animal destinado a la experimentación, animal silvestre, especie dañina, entre otras- las cuales se encuentran repartidas entre variados cuerpos normativos. Por último, el legislador establece respecto de cada una de estas especies, un sistema de protección más o menos gradual y diferenciado, el cual obedece a objetivos y a presupuestos jurídicos y morales particulares y contradictorios.

Sin embargo, y a pesar de esta diversidad, ¿es posible encontrar algún elemento, que sea común a toda esta legislación? Nosotros creemos que sí. En este sentido, sostenemos que en el derecho chileno existe un principio, al cual llamamos principio de protección del bienestar animal, que sirve de inspiración a la generalidad de la legislación en esta materia, que fundamenta y justifica sus normas, y que orienta su vigencia y la labor de los distintos operadores jurídicos.

4.- Características

En general, los principios constituyen razones para la acción, es decir, argumentos a favor o en contra de determinadas decisiones normativas o judiciales, pero que, al no tener el carácter de definitivas, bien pueden ser desplazadas por la concurrencia de otros principios o conjunto de principios, en función de la naturaleza del caso respecto del cual se aplican (Alexy, 2008, 80). Así, “los principios no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino que [representan] una toma de posición conforme con su ethos en todas las no

precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear, precisamente, una cuestión de principio” (Zagrebletsky, 2011, 118). De esta forma, los principios juegan un rol muy importante, toda vez que permiten fundar distintos tipos de enunciados o proposiciones normativas (Guzmán, 2014, 27). De mismo modo, también abren la vía para poder entender el derecho, no como un conjunto de normas aisladas, sino como un sistema que persigue ciertos propósitos más o menos determinados, que informan cada una de sus disposiciones.

Ahora bien, el término principio puede entenderse en tres sentidos distintos: a) Como normas generales implícitas que los juristas obtienen de normas menos generales; b) Como principios decisorios que los juristas del *common law* obtienen de decisiones particulares; c) Como principios fundamentales, generalmente consagrados en documentos constitucionales. De acuerdo con esta tipología, el estándar en comento constituye un ejemplo de la primera clase, esto es, de aquellos que la doctrina conoce como principios generales del derecho. Así, y al igual que muchos principios de este tipo, este presenta a lo menos tres características relevantes: a) No se encuentra formulado en ninguna disposición de forma expresa. Se trata, por tanto, de un principio implícito; b) Se obtiene por inducción, es decir, a partir de normas particulares y concretas que integran el derecho positivo; c) Estructura y fundamenta el sistema de fuentes en relación con un área determinada. En lo que sigue, procederemos a desarrollar estos aspectos.

5.- Fundamento

El primer paso para fundar su existencia, consiste en distinguir entre los elementos accidentales presentes en los distintos supuestos de hecho relacionados con la normativa animal, de los que se hará abstracción, y los elementos esenciales comunes a dicha legislación, para a partir de estos últimos, construir el supuesto de hecho general que constituirá el contenido prescriptivo del principio (Guastini, 2018, 354).

Veamos un ejemplo. La Ley N° 21.020, define tenencia responsable de mascotas en los siguientes términos: “conjunto de obligaciones que contrae una persona cuando decide aceptar y mantener una mascota o animal de compañía, y que consiste, entre otras, en registrarlo ante la autoridad competente cuando corresponda, proporcionarle alimento, albergue y buen trato, brindarle los cuidados veterinarios indispensables para su bienestar y no someterlo a sufrimientos a lo largo de su vida” (art. 2 N° 7). Por otro lado, la Ley de Caza dispone que los centros de exhibición de animales: “deberán cumplir con requisitos mínimos de superficie, seguridad, equipamiento y operación, destinados a (...) brindar a cada especie animal un hábitat acorde con sus necesidades fisiológicas, en resguardo de su salud y bienestar” (art. 18). Así mismo,

la Ley N° 20.380 establece que: “El transporte de animales deberá efectuarse en condiciones que eviten el maltrato o grave deterioro de su salud, adoptándose al efecto las medidas adecuadas según la especie, categoría animal y medio de transporte de que se trate” (art. 4).

Como se aprecia, estas normas se refieren a tres supuestos de hecho distintos: la situación de las mascotas; la situación de los animales que se encuentran en circos o parques zoológicos; y la situación de los animales durante su transporte. Para identificar el principio en estudio, debemos separar los elementos accidentales de aquellos que son comunes a los tres casos. Los primeros, se vinculan con el carácter, el contenido, la condición de aplicación o el sujeto sobre el cual se impone el deber respectivo, aspectos respecto de los cuales observamos una gran variación. El punto que tienen en común estas normas, sin embargo, está dado por lo siguiente: en cada uno de estos casos, el ordenamiento parte de la base que los animales son seres sensibles, y que, por tanto, deben ser objeto de protección y cuidado. Este supuesto de hecho no comprende los elementos accidentales que caracterizan a cada norma en particular, sino que identifica un principio general, anterior y abstracto, que les sirve de fundamento, y que, además, permite dar sentido a la práctica legislativa y jurisprudencial correspondiente.

En segundo lugar, también podemos recurrir al estudio de la intención del legislador. Esta estrategia consiste en indagar en la ratio o finalidad de la norma. En principio, puede parecer una conjetura discrecional, después de todo, es raro que una norma responda a un objetivo único y bien definido (Guastini, 2018, 358). Además, en el proceso de formación de la ley participan actores diversos, lo cual hace muy difícil determinar con precisión cual es la verdadera voluntad del legislador (Tarello, 2015, 213). Sin embargo, en la práctica, y más allá de estas consideraciones, cuando nos preguntamos qué es lo que el legislador quiere alcanzar con una determinada normativa, generalmente encontramos que ciertos propósitos se muestran con claridad en el lenguaje que utiliza (Marmor, 2001, 213). Es el caso de la Ley N° 20.380. En efecto, su art.1° señala explícitamente: “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”. Esta normativa surgió a raíz de una moción que presentaron un grupo de parlamentarios, los cuales buscaban precisamente: “fijar un marco jurídico para la protección de los animales, permitiendo una adecuada fiscalización en materias de prevención y maltrato de estos, teniendo siempre presente su bienestar” (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018, 3).

Algo similar ocurre en el supuesto de la Ley N° 21.020. En este caso, el proyecto que dio lugar a su tramitación, pretendía hacerse cargo, en un comienzo, solo del problema que suponía no tener una legislación específica referida a los daños generados por mascotas o animales potencialmente peligrosos (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018, 3). Sin embargo,

durante su discusión, y por medio de una serie de indicaciones sustitutivas, se fueron agregando un conjunto de disposiciones adicionales, las cuales buscaban proteger los intereses de los animales considerados como seres sintientes (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018, 33). Hoy en día, dichos propósitos aparecen concretados en su art. 1º, cuando expresa con total claridad: “Esta ley tiene por objeto establecer normas destinadas a: (...) Proteger la salud y el bienestar animal mediante la tenencia responsable”.

En estos casos, el objetivo que busca el legislador resulta evidente, garantizar el bienestar del animal. Para alcanzar esta finalidad, en el supuesto de la Ley N° 20.380, se establecieron infracciones a las normas que pretendían evitar el maltrato y el deterioro de su salud en distintos espacios, además de autorizar el retiro de animales respecto de aquel que los tenga a su cargo cuando se produzcan situaciones de crueldad o maltrato y disponer el tratamiento veterinario que corresponda en estos casos, todo a costa del imputado (art. 12). Este último aspecto claramente entra en pugna con la lógica propietaria.

En el segundo supuesto, esto es, a propósito de la ley sobre tenencia responsable, se introdujeron modificaciones que aumentaron algunos de estos estándares de protección (Chible, 2018, 279). Así, por ejemplo, el legislador modificó el sistema de graduación de las penas del delito de maltrato animal, creó la pena de inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de animales y prohibió las peleas de animales organizadas como espectáculo (art.11).

En el mismo sentido, se dispuso que las municipalidades no podían utilizar métodos que admitieran el sacrificio como sistema de control de la población animal (art. 7).

De esta manera, resulta claro que nuestro legislador persigue ciertos propósitos en relación con los animales, generalmente asociados con la necesidad de proteger sus intereses, si bien con variaciones importantes dependiendo del área sobre la cual recaiga la regulación. En este sentido, creemos que no es posible poner en duda estos objetivos, sin desconocer al mismo tiempo el lenguaje que utiliza el legislador para transmitir su mensaje normativo, lo cual sería contradictorio (Marmor, 2001, 213).

Finalmente, el principio en estudio también guarda armonía con la historia y la evolución que ha experimentado nuestro derecho en esta materia. En efecto, de acuerdo con la propuesta que formula Montes (Montes, 2018), esta legislación se puede ordenar en base a tres etapas bien diferenciadas: 1) Etapa de sanidad animal (1954-1992): en esta época el foco de la regulación se caracteriza por la necesidad de proteger la salud de los animales, pero no con el objetivo de garantizar sus intereses, sino que con el propósito de fomentar la producción ganadera o industrial; 2) Etapa de bienestar animal (1992-2009): en esta segunda etapa, el legislador dicta una serie de disposiciones que buscan evitar el sufrimiento innecesario de los animales. En

particular, se introducen normas que pretenden mejorar las condiciones en las cuales viven, regulando aspectos relacionadas con su estado físico, emocional y conductual, o estableciendo medidas más estrictas para evitar su sufrimiento innecesario, y 3) Etapa de protección de los animales como seres sensibles (2009-actualidad): en este periodo nos encontramos con la existencia de diversas disposiciones que establecen mejores estándares de protección. Así, por ejemplo, se incorpora el concepto de tenencia responsable, se aumentan las penas en caso de abandono o maltrato, y se establecen normas más específicas de bienestar aplicables a las distintas actividades que involucran animales.

La comprensión de esta evolución resulta clave para los efectos de nuestra investigación, puesto que revela la existencia de un proceso de cambios normativos, que si bien con vaivenes y retrocesos, han permitido avanzar de manera progresiva desde un enfoque puramente propietario, hacia otro en el cual los intereses de los animales, son los que fundan y motivan las respectivas modificaciones legales. En definitiva, estas distintas etapas, tal como las identifica la autora citada, dan cuenta de la emergencia del principio en estudio².

2 Una cuarta técnica, consistiría en elaborar una norma implícita que se supone instrumental a la actuación de un principio o derecho (previamente identificado) para luego elevar a rango de principio a la norma implícita así construida. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia muestra un buen uso de esta técnica. En la sentencia C-666/10, la Corte entendió que existía un deber de otorgar protección a los animales, el cual emanaba, y esto es lo importante, del hecho que la Constitución protege al ambiente y éste incluye a la flora y la fauna, grupo donde se ha reconocido a todos los animales: “En relación con su protección, la manifestación concreta de esta posición se hace a partir de dos perspectivas: la de fauna protegida en virtud del mantenimiento de la biodiversidad y el equilibrio natural de las especies; y la de fauna a la cual se debe proteger del padecimiento, maltrato y crueldad sin justificación legítima, protección esta última que refleja un contenido de moral política y conciencia de la responsabilidad que deben tener los seres humanos respecto de los otros seres sintientes” (Sentencia C-666/10 p. 34; Sentencia T-095 de 2016). Como vemos, este deber constitucional se desarrolla como parte una obligación más amplia, a saber, la de proteger el medio ambiente. En este sentido, ¿sería posible construir un razonamiento similar respecto de caso del derecho chileno? Nosotros creemos que no. En efecto, a diferencia de la Constitución de Colombia, la actual Carta no entrega muchos elementos normativos para enlazar de forma directa, el deber de proteger el patrimonio ambiental y los respectivos ecosistemas, con la obligación de garantizar el bienestar animal. De manera que, al menos por ahora, y mientras no se incluya una referencia más explícita en este sentido en la Constitución, o una mención directa a la sintiencia animal, no vemos posible recurrir a esta técnica para fundar el principio en estudio. Para el análisis de esta técnica, véase: (Guastini, 2018, 360) En Chile se ha promovido por vía de recurso de protección, la posibilidad de extender el ámbito de garantía del art. 19 N° 8 de la Constitución (norma que consagra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y que establece algunos deberes del Estado en esta materia) a situaciones relacionadas con la necesidad de proteger el bienestar de los animales. Sin embargo, como ha comentado Molina, las resoluciones que han recaído en este tipo de casos, se han caracterizado en algunas ocasiones por una mirada antropocéntrica, lo cual ha impedido generar una interpretación más protectora del entramado constitucional en relación con los animales (Molina Córdova, Fabian, 140). Por nuestra parte creemos que algunas de estas experiencias pueden servir como punto de partida para discutir, en el contexto del proceso constituyente, la posibilidad de incluir a los animales dentro del nuevo texto fundamental. De hecho, este reconocimiento guardaría coherencia con la preocupación que parece existir hoy en día, en torno a la necesidad de mejorar nuestro trato hacia a los animales y con las últimas modificaciones legislativas que se han aprobado en nuestro país, las cuales justamente han avanzado en esa dirección. Así, si el proceso constituyente supone discutir acerca de nuestros valores más básicos, entonces, resulta pertinente reflexionar sobre los deberes de protección que tenemos hacia otros seres y las consecuencias, tanto morales como jurídicas, que el cumplimiento de estas obligaciones tendrían para la forma en como pensamos

6.- Manifestaciones del principio de protección animal

Siguiendo la propuesta de Montes, creemos que son variadas las normas que acogen este principio, y, además, en muy diversos ámbitos (Montes, 2018). Así, por ejemplo, la Ley N° 21.380 dispone que el dueño o tenedor de una mascota o animal de compañía, debe proporcionarle alimento, albergue y brindarle todos los cuidados veterinarios indispensables para su bienestar (art. 2 N° 7). También, tiene la obligación de no someter al animal a sufrimientos a lo largo de su vida. Igualmente, debe registrarlo ante la autoridad, mantenerlo en su domicilio o residencia (art. 10) y no abandonarlo (art. 12). Desde un punto de vista jurídico, esta normativa se encuentra claramente inspirada en una lógica bienestarista, dado que razona en base a la idea que las mascotas o animales de compañía son seres sensibles, cuyos intereses cuentan y son valiosos.

A diferencia de lo que sucede con las mascotas, los animales que se utilizan para el consumo humano, están sujetos a una regulación que no busca directamente su protección, sino que justamente, su utilización para satisfacer ciertos fines humanos. Esta legislación hunde sus raíces en presupuestos morales de tipo kantiano, manifestándose en el plano jurídico, en el hecho que el legislador adopta respecto de ellas un enfoque puramente propietario. Así, por ejemplo, esta normativa establece normas relativas a la sanidad animal con el objetivo de fomentar la industria ganadera nacional, la protección de las personas contra la propagación de ciertas enfermedades y el resguardo del interés económico de los productores (Montes, 2018, 11). En todos estos casos, se establecen limitaciones al derecho de propiedad de los dueños de estos animales, pero no fundadas en el interés de estos últimos, sino que, en razones de maximización económica, o bien de tipo sanitario³.

Sin embargo, en los últimos años y de forma paulatina, se han ido incorporando algunas exigencias, las cuales, al menos en principio, pueden ser vistas como basadas en el carácter sintiente de los animales (Montes, 2018, 32). Así, por ejemplo, el legislador establece que los mataderos deben disponer de procedimientos técnicos que atenúen el sufrimiento de los animales (Ley N° 19.162, art. 2) (Montes, 2018, 32), que los vehículos terrestres destinados al transporte de ganado y carne bovina, contengan ciertos elementos que eviten que los animales se hagan daño o que sufran de manera innecesaria, tales como una altura mínima, ventilación, paredes lisas, entre otros (Decreto N° 240, art. 4) (Montes, 2018, 34), que los lugares destinados a la agricultura orgánica garanticen condiciones adecuadas que permitan a los animales mantener una buena

nuestras instituciones políticas.

³ Algo similar ocurre en el caso de la cría y venta de animales de acuerdo con la regulación establecida en la Ley N° 21.020. En este supuesto, el legislador dispone, por ejemplo, que los locales de venta y cría de mascotas deberán contar sistemas de extracción de aire a fin de no causar molestias a las personas que residan en los predios colindantes (art. 26).

conformación física y expresar los aspectos básicos de su comportamiento innato (Decreto N° 2, art. 1) (Montes, 2018, 83), y que los establecimientos industriales cuenten con instalaciones que estén diseñadas para evitar agitación, lesiones, dolor, angustia o sufrimientos innecesarios de los animales (Decreto N° 28, art. 3) (Montes, 2018, 74), entre otras. Esto demuestra que, si bien estamos en presencia de un marco regulatorio que conserva un enfoque esencialmente propietario (Montes, 2018, 5), el mismo también ha ido avanzando en el sentido de ir incorporando elementos inspirados de manera progresiva en la necesidad de proteger el bienestar animal (Montes, 2018, 7).

Otro ejemplo, lo encontramos en la Ley N° 20.380 sobre protección de animales. La relevancia de esta ley descansa, por un lado, en que representa el primer cuerpo legal que se dicta en Chile, que reconoce expresamente a los animales como seres sensibles (Montes, 2018, 54), pero también, en que recoge de forma clara un deber general de protección hacia los animales (arts. 1° y 3°). En este sentido, dicho deber abarca los siguientes aspectos: a) Los seres humanos tienen el deber de darles un trato adecuado; b) Este deber importa la obligación de no causarles sufrimientos innecesarios; c) Supone que quien tiene un animal a cualquier título, se encuentra en la obligación de satisfacer sus necesidades básicas; d) Abarca la prohibición de restringir de forma innecesaria, la libertad de movimiento del animal. Desde un punto de vista jurídico, esta normativa se basa en un enfoque claramente bienestarista, mientras que, en el plano moral, asume una mirada esencialmente singeriana.

Por otro lado, también constituye una clara manifestación del principio en comento, el delito de maltrato animal, tipificado en el art. 291 bis del Código Penal. En efecto, el injusto del comportamiento que establece esta disposición, no se identifica con la puesta en peligro de los sentimientos humanos que sirvieron para propiciar la tipificación de esta figura, sino con el sufrimiento ocasionado al animal de forma injustificada (Hava, 2011, 291). Es ese sufrimiento lo que pretende evitar la regulación penal, no cualquier muerte o lesión del animal, puesto que la sociedad valora a los animales como bienes jurídicos dignos de protección, de manera que los tutela frente a las agresiones que considera más graves. Como indica Leiva, podemos ver que existe una clara tendencia hacia considerar que el bien jurídico protegido por este tipo penal, consiste en la protección de la integridad física y psíquica de los animales (Leiva, 2018, 420).

Igualmente, el art. 18 de la Ley de Caza contiene una referencia explícita al deber de asegurar el bienestar de los animales, cuando señala que los cotos de caza, criaderos y los centros de reproducción o de rehabilitación animal, deberán cumplir con requisitos mínimos de espacio y condiciones de hábitat para resguardar su salud y bienestar (Montes, 2018, 40). Algo similar ocurre en el caso de la acuicultura, dado que la ley general de pesca establece el deber de

contemplar normas y procedimientos que resguarden el bienestar animal y que eviten su sufrimiento innecesario (art. 13 letra f) (Montes, 2018, 31).

Por último, en materia de experimentación con animales, también encontramos algunas normas que concretan el principio de protección. Así, por ejemplo, de acuerdo con la Ley N° 20.380, en esta materia se deben satisfacer tres estándares básicos: uno referido a quien realiza los experimentos; otro a la forma en cómo deben llevarse a cabo; y otro al lugar donde se realizan:

- a) El experimento solo se podrá llevar cabo por personal calificado (art. 7°);
- b) El personal calificado debe evitar al máximo el padecimiento del animal (art. 7°);
- c) Los bioterios deberán contar con instalaciones adecuadas. Estas instalaciones deberán adecuarse a la especie o características del animal para evitar el maltrato y el deterioro de su salud (art. 7°).

Si bien esta normativa presenta algunas falencias, siendo una de estas, la falta de reconocimiento del principio de las 3R (Reducción, Refinamiento y Reemplazo), su propósito es claro, a saber, establecer un marco regulativo que permita evitar que este tipo de animales sean sometidos a sufrimientos innecesarios (Mezzanno, 2014, 90).

7.- Contenido y funciones

El principio en estudio presenta un contenido prescriptivo más o menos complejo, el cual se articula en dos niveles claramente diferenciados: el primero, respecto de los poderes públicos, y el segundo, en relación con los particulares. En lo que toca al primer nivel, este principio 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 beneficio⁴. Por otro lado, en lo referente al segundo aspecto, el principio en comento abarca la obligación que asume toda persona que tenga un animal, de asumir un cierto estándar de conducta, calificado jurídicamente como un deber. Este mandato genera obligaciones negativas, como sucede con el deber de no dañar a un animal de forma injustificada, pero también positivas, como es el caso de la obligación de proveer de espacio, agua y alimentación suficiente, disponer de protección contra los elementos, o introducir medidas de enriquecimiento ambiental, entre otras (Donaldson, Kymlicka, 2018, 21). En relación con estas obligaciones, y a fin de asegurar su

⁴ En la actualidad existen algunos proyectos de ley que parecen ir en sentido contrario al mandato establecido en este principio. Por ejemplo, podemos mencionar el Boletín N° 12.411-11 que "Permite a las municipalidades dictar ordenanzas orientadas al control de perros asilvestrados" o el proyecto que "Declara a los perros asilvestrados como especie exótica invasora y dispone su control por parte de la autoridad sanitaria, de conformidad a la ley" (Boletín 12.271-01). Estas iniciativas reducen los estándares de protección actualmente vigente en nuestro país, estableciendo excepciones en relación con los deberes contemplados en la normativa chilena sobre bienestar animal, no siendo por tanto, compatibles con el principio de protección en análisis.

vigencia práctica, el principio de protección puede ser utilizado de cinco modos distintos, tanto por el intérprete, como también, por los órganos jurisdiccionales:

- (a) Como herramienta para colmar lagunas e integrar el ordenamiento: a este respecto, se puede recurrir al principio de protección, para los efectos de solucionar una determinada controversia, cada vez que se presente un supuesto de hecho no regulado expresamente por el ordenamiento, bien sea porque falte una norma de rango legal que resuelva el caso, o bien, porque existiendo una reglamentación, esta es insatisfactoria, al no tomar en cuenta una diferencia jurídicamente relevante. Veamos un ejemplo. El Decreto N° 29 que aprueba el Reglamento sobre protección de los animales durante su producción industrial, establece un conjunto de medidas destinadas a evitar el maltrato y el deterioro de la salud de los animales, las cuales se aplican durante las etapas en que se mantengan en confinamiento. Como indica Montes, esta disposición deja fuera a los animales de producción que son criados en sistemas extensivos, y que, por tanto, no son mantenidos en estabulación, al menos de forma permanente (Montes, 2018, 67). Por tanto, nos encontramos ante un supuesto de hecho para el cual no existe regulación. La laguna se produce, toda vez que el legislador, al normar esta situación, ha omitido regular del mismo modo un supuesto de hecho que guarda cierta analogía con el caso no regulado, dado que los animales que son criados bajo formas de producción extensiva, también son encerrados en muchas ocasiones. Para colmar esta laguna, podemos razonar en base a un criterio de interpretación finalista, colocando atención en los objetivos que la autoridad pretende alcanzar con este tipo de medidas. De esta forma, podríamos extender el ámbito de aplicación de la norma, a fin de subsumir dentro de esta, supuestos no expresamente contemplados por su sentido literal más inmediato, pero que se corresponden con su ratio o finalidad.
- (b) Como elemento de interpretación: igualmente, 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. Esto puede quedar más claro, mediante el análisis del siguiente problema. El Código Penal define el maltrato animal en los siguientes términos: “toda acción u omisión, ocasional o reiterada, que injustificadamente causare daño, dolor o sufrimiento al animal” (art. 291 ter). El problema que se produce, radica en que el legislador no define que es lo que debemos entender por animal para los efectos de esta figura típica. Algunos autores han razonado en base a la idea, que este concepto debe restringirse únicamente a los vertebrados, toda vez que solo ellos poseen un sistema nervioso central que les permite sentir dolor (Guzmán, 2007, 239; Mella, 2018, 157). No obstante, si nos basamos en el principio de protección animal, esta norma debería entenderse en un sentido que permita incluir dentro

de su campo de aplicación, a todo animal vertebrado o invertebrado, que tenga la capacidad para experimentar situaciones de placer, dolor o estrés⁵. Una tesis en sentido contrario, obligaría a aceptar situaciones de maltrato, que no guardarían conformidad con el bien jurídico que se protege con esta figura.

- (c) Como mecanismo para solucionar antinomias normativas: en este evento, puede contribuir a remediar los problemas que se producen cuando dos o más normas adscriben consecuencias jurídicas distintas a supuestos de hechos similares. Veamos el siguiente ejemplo (Montes, 2018, 43). La ley de caza dispone que el reglamento deberá establecer: “los métodos permitidos y los prohibidos de caza o de captura y las condiciones en que éstas podrán practicarse. Los permitidos deberán evitar el sufrimiento innecesario de las especies señaladas” (art. 23 letra g). Dicho reglamento prohíbe una serie de métodos de caza, justamente por ocasionar un sufrimiento innecesario a los animales silvestres, pero dispone que esta exigencia, no recae respecto de los animales que la ley considera dañinos, los cuales pueden ser cazados prácticamente de cualquier manera. En este caso existe una contradicción, puesto que la ley dispone el cumplimiento de un deber de protección en relación con los animales, sin establecer distinciones, pero el reglamento, autoriza justamente una infracción a este mandato, introduciendo una diferenciación no contemplada por el legislador, la cual resulta ser especialmente perjudicial para algunas especies de animales (Montes, 2018, 45). En este supuesto, la antinomia se puede resolver mediante el principio en estudio, señalando que la disposición legal, por ser la más protectora de los intereses de los animales, invalida o abroga tácitamente, a la norma jerárquicamente inferior.
- (d) Como restricción al ejercicio de ciertas garantías: en este orden de ideas, puede constituir una razón -entre otras- para justificar la intervención del legislador en el ámbito del derecho de propiedad, circunscribiendo algunas de sus facultades, cuando sea necesario para proteger el bienestar de los animales. En este sentido, algunos autores han observado que la Ley N° 21.020 sobre tenencia responsable de mascotas, podría contener algunas normas potencialmente incompatibles con el derecho de propiedad, protegido en el actual texto constitucional en el art. 19 N° 24. Así, por ejemplo, dicha ley dispone que las Municipalidades pueden rescatar a todo animal que encuentren sin identificación en sitios públicos o de otro tipo, a fin de ponerlos a disposición de entidades protectoras de animales, las cuales deberán reubicarlos a cargo de alguna persona que asuma su tenencia responsable. Como observa Bravo, en este caso podríamos estar en un supuesto de privación del derecho de propiedad

5 Si bien no existe consenso generalizado respecto de la sintiencia de todos los invertebrados, si existen algunos estudios que avalan esta consideración, al menos, en relación con algunas de estas especies, tales como cefalópodos o decápodos (Harvey-Clark, Cris, 2011, 215)

sin indemnización (Bravo, 2018, 113). Sin embargo, si tomamos en cuenta el principio que inspira el derecho chileno en esta materia, podemos concluir que este tipo de normas, buscan concretar y establecer límites al derecho de propiedad, que buscan evitar y sancionar si se da el caso, el abandono de animales. Nos parece que se trata de fines que de ninguna forma violan un derecho fundamental, antes bien, resitúan la propiedad en términos de su función social y de su contribución al bien común.

- (e) Como pretensión de corrección: por último, el principio en estudio, puede ser utilizado como un parámetro para poder evaluar la adecuación del derecho vigente, y, si se da el caso, exigir su modificación, en relación con el cumplimiento de ciertos estándares de ética o justicia en materia animal. En efecto, tal como reflexiona Nussbaum, cuando decimos que maltratar a los animales es injusto, estamos diciendo que ellos tienen un derecho de índole moral a no ser tratados de esa forma (Nussbaum, 2007, 332). Esto significa que el problema relativo al estatus jurídico de los animales se relaciona con la manera como nuestras propias instituciones políticas y legales reconocen y protegen sus intereses (Donaldson, Kymlicka, 2018, 103). En este sentido, el principio de protección puede ayudar a identificar los déficits de nuestra legislación, y a proponer reformas que vayan en el sentido de mejorar de manera progresiva el bienestar de los animales (De la Torre, 2020, 155). Existe un buen ejemplo que nos permitirá comprender mejor esta dimensión del principio. De acuerdo con la actual normativa sobre tenencia responsable de mascotas: “los dueños de criaderos y los vendedores de mascotas o animales de compañía, de la especie canina y felina, deberán esterilizarlos antes de su entrega a cualquier título” (art. 25). Sin embargo, la misma ley dispone que la edad mínima de entrega de estos cachorros será de dos meses de edad (art. 2 N° 9). Constituye un aspecto problemático, toda vez que existe evidencia que la práctica de este tipo de intervenciones a tan corta edad, puede afectar el desarrollo posterior del animal (Chible, 2018, 264). El objetivo de esta práctica, no parece ser la protección del animal, sino que “el bienestar de la sociedad humana donde este agente externo se desenvuelve y en la cual genera efectos secundarios identificados como molestos o nocivos” (Chible, 2018, 265). Si esto es así, entonces estaríamos en presencia de una disposición que debe ser modificada, por ser contraria a los fines de protección y bienestar que establece la Ley N° 21.020.

8. Conclusiones

En este artículo hemos llegado a las siguientes conclusiones:

- (1) La legislación chilena se estructura en torno a un principio, al cual llamamos principio de protección animal. Este principio se obtiene por inducción a partir del análisis sistemático de una serie de normas propias de esta área del derecho. Es consistente también con los fines que persigue el legislador, y con la evolución que ha experimentado nuestro derecho en los últimos años.
- (2) Este principio se manifiesta en diferentes normas. Así, por ejemplo, fundamenta la legislación sobre tenencia responsable, el bien jurídico protegido en el caso del delito de maltrato animal, la normativa en materia de experimentación con animales, las exigencias que existen en el caso de la ley de caza, y de los animales que se utilizan para el beneficio humano.
- (3) El principio de protección obliga a la administración a aumentar de manera progresiva los estándares de protección respecto de los animales. También obliga a toda persona que tenga un animal, a asumir un cierto estándar de conducta, destinado a proteger sus intereses básicos.
- (4) Reviste gran utilidad como herramienta de interpretación, solución de antinomias e integración del derecho, y como parámetro para modificar la normativa a fin de aumentar los estándares de protección respecto de los animales.
- (5) El principio en estudio también revela que el derecho chileno ha pasado desde un modelo propietario, en el cual los animales solo son considerados como cosas objeto de tráfico jurídico, hacia otro, en el que el animal es considerado un ser sensible, cuyos intereses también merecen protección.

Agradecimientos

El autor agradece a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, por el aporte realizado a esta investigación, en el marco del programa de incentivos para la publicación de artículos o libros monográficos.

Referencias bibliográficas

- (1) Alexy, R. (2008) *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (2) Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.380, disponible en: https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/4717/HLD_4717_7f93c203e2386f972e54607e35a67e00.pdf (consultado el 14 de septiembre de 2020).
- (3) ____ Historia de la Ley N° 21.020 Sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía, disponible en: https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/6387/HLD_6387_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf (consultado el 9 de septiembre de 2020).
- (4) ____ Historia de la Ley N° 21.020 Sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía, disponible en: https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/6387/HLD_6387_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf (consultado el 2 de septiembre de 2020).
- (5) Bravo, D. (2018) “Aspectos generales sobre el régimen jurídico de las mascotas o animales de compañía en el derecho chileno”. En: González Marino, I. (ed.): *Discusiones y desafíos en torno al derecho animal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago.
- (6) Carruthers, P. (1995) *La cuestión de los animales: teoría de la moral aplicada*, Cambridge University Press.
- (7) Chible, MJ. (2016) Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho, *Revista Ius et Praxis*, 22 (2), 395.
- (8) ____ (2018) “Animales de compañía en Chile: Estatus y regulación”. En: Chible, María José; Gallego, Javier (eds.): *Derecho animal: teoría y práctica*, Thomson Reuters, Santiago, 265.
- (9) Ministerio de Agricultura, Decreto N° 240 (26 de octubre de 1993) sobre Reglamento General de transporte de ganado y carne bovina.
- (10) ____, Decreto N° 2 (9 de abril de 2016) Aprueba normas técnicas de la Ley N° 20.089 que crea el Sistema Nacional de Certificación de Productos Orgánicos Agrícolas.
- (11) ____, Decreto N° 28 (30 de mayo de 2013) Aprueba el Reglamento sobre protección de los animales que provean de carne, pieles, plumas y otros productos al momento del beneficio en establecimientos industriales.
- (12) De Grazia, D. (2002) *Animal Rights*, Oxford University Press, Oxford.
- (13) De la Torre Torres, R. (2020), El bienestar animal como principio constitucional implícito y como límite proporcional y justificado a los derechos fundamentales en la Constitución Mexicana, *DA. Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies*, 2020, Vol. 11, n.º 3, 152-161.
- (14) Donaldson, S.; Kymlicka, W. (2018) *Zoópolis. Una revolución animalista*, Errata Naturae, Madrid.
- (15) Guastini, R. (2018) *La interpretación de los documentos normativos*, Centro Iberoamericano de investigación jurídicas y sociales, México D.F.

- (16) Guzmán, A. (2014) *El origen y la expansión de la idea de principio en el derecho*, Santiago, Thomson Reuters.
- (17) Guzmán, J.L. (2007) *Estudios y defensas penales*, Lexis Nexis, Santiago.
- (18) Hava, E. (2011) La protección del bienestar animal a través del derecho penal, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI.
- (19) Harvey-Clark, C. (2011) *IACUC Challenges in Invertebrate Research*, vol. 52, 215.
- (20) Henríquez, A. (2014) El efecto del dualismo filosófico en el problema de la ética animal, *Acta Bioethica*, 20 (1), 112.
- (21) Hohfeld, W.N. (2009) *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, Buenos Aires.
- (22) Kant, I. (2007) *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Editorial Porrúa, México D.F., 48.
- (23) MacCormick, N. (2011) *Instituciones del derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- (24) Mañalich, JP. (2018) Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos), *Revista de Derecho*, vol.31 no.2, 328.
- (25) Marmor, A. (2001) *Interpretación y teoría del derecho*, Gedisa Editorial, Barcelona.
- (26) Mella, R. (2018) Evolución jurisprudencial del delito de maltrato o crueldad animal en Chile, *Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies*, 9/3, 157.
- (27) Mezzanno, M. (2014) “Regulación y legislación sobre cuidado y protección animal”. En: CONICYT (ed.) *Regulación del uso y cuidado de animales en investigación*, CONICYT, Santiago, 90.
- (28) Molina Córdova, F. (2020) *Revista Chilena de Derecho Animal*, 1, 140.
- (29) Montes, M. (2018) *Derecho animal en Chile*, Editorial Libromar, Santiago.
- (30) Nussbaum, M. (2007) *Las fronteras de la justicia*, Paidós, Barcelona, 332.
- (31) Regina Adre, G. (2018) El amparo en la justicia argentina. ¿La vía idónea para el reconocimiento de los derechos de los ANH? *Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies*, vol. 9, n° 4, 144.
- (32) Singer, P. (2018) *Liberación Animal*, Taurus, Barcelona.
- (33) Tarello, G. (2015) *La interpretación de la ley*, Palestra., Lima.
- (34) Zagrebelsky, G. (2011) *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid.

Fecha de recepción: 16 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 17 de mayo de 2021