**ASESORÍA EXTERNA**

**10 de Octubre 2018**

**ASESORÍA LEGISLATIVA A SENADOR FELIPE KAST SOMMERHOFF**

**INFORMANTE: JAVIER DE IRUARRIZAGA ARANEDA**

**OCTUBRE 2018**

**RÉGIMEN JURÍDICO ANIMAL: SERES SINTIENTES, NO “COSAS”**

**1. Introducción**

Desde el derecho Romano los animales fueron incluidos dentro de la clasificación de las “cosas”, influyendo a la posteridad en los procesos de codificación tanto europeos como Latinoamericanos en esa misma línea. Andrés Bello, redactor de nuestro código civil, fue un gran romanista que destacó la importancia de volver a la pureza del derecho civil romano por su reconocido racionalismo, sus claros procedimientos y su apoyo a la libre circulación de los bienes. Por lo mismo, el fundamento para situar a los animales dentro de esta categoría de “cosas” se explica principalmente por la lógica práctica de permitir que las personas puedan ejercer en la práctica derechos patrimoniales sobre ellos. Además, mediados del siglo XIX, época en que fue redactado nuestro código, las guerras de independencia y la inestabilidad política amenazaban la seguridad y la propiedad por todo el continente, por lo que el derecho romano aparecía como una garantía contra la incertidumbre y el desorden.

Sin embargo, hace ya varios años ha comenzado a darse un proceso ‘descosificador’ de los animales de forma generalizada, que se ha visto plasmado en diversas legislaciones a través del planeta. Y se pueden ver múltiples casos en este sentido. Por ejemplo, Reino Unido, Austria y Croacia poseen una prohibición total de criar animales con el único objetivo de utilizar su piel, semejante a la normativa existente en Bosnia y Herzegovina. Países como Bulgaria, Costa Rica, Israel, Singapur, Bolivia y Croacia, entre otros, tienen al día de hoy prohibición absoluta de la explotación animal para fines circenses (en Chile existen proyectos de ley en ese mismo sentido). Por su parte, países como Noruega y Suiza han prohibido la castración de cerdos sin anestesia y han procurado que el animal se desarrolle como tal durante el pastoreo. Incluso existen normativas como las que aplican Suecia, Noruega y Finlandia durante el verano, en que todas las vacas y vacunos que son parte de la industria de los lácteos tienen el derecho a estar en el exterior por un período de dos a cuatro meses, y al menos seis horas al día[[1]](#footnote-1).

Este germen de derecho regulatorio animal no se ha quedado sólo ahí, sino que ha avanzado desde puntuales legislaciones casuísticas hasta más transversales consideraciones sobre el estatuto jurídico del animal. A nivel europeo, por ejemplo, El Protocolo sobre la Protección y Bienestar de los Animales, anexo al Tratado Constitutivo de la Unión Europea, en su versión de 1997 dada por el Tratado de Amsterdam, reconoció que los animales sienten, al señalar que “las altas partes contratantes, deseando garantizar una mayor protección y un mayor respeto del bienestar de los animales como seres sensibles (…)”[[2]](#footnote-2). Por eso no hablamos de una cuestión nueva, ni una inquietud antojadiza. Es una tendencia.

Por lo mismo legislaciones como la francesa, alemana, sueca, española o portuguesa, entre otras, comenzaron a superar la calificación jurídica que históricamente se ha atribuido a los animales como meros objetos. Esto a partir de la necesidad de evolución del derecho que deben estar actualizado al tiempo y a la sociedad en la que ha de ser aplicado. Resulta anacrónico buscar soluciones a las situaciones y conflictos del siglo XXI con legislaciones concebidas para el escenario del siglo XIX. Por lo mismo, y de acuerdo a lo que señala la abogada española Nuria Menéndez, experta en derecho animal, “*el progreso social y, muy especialmente,* ***los avances científicos han disipado toda base real que permitiera, en las legislaciones modernas, la perpetuación y sostenimiento de la noción cartesiana de los animales como meras máquinas biológicas carentes de cualquier atisbo de sensibilidad o inteligencia****”[[3]](#footnote-3).*

De esta forma, desde los años ochenta se empezaron a atisbar las primeras modificaciones al estatuto del animal-cosa en diversas legislaciones mundiales. El pionero en la materia fue Austria, que en 1988 comenzó a abrir el camino al establecer explícitamente que los animales no son cosas, que están protegidos por las leyes y que las disposiciones referidas a las cosas se les aplican sólo supletoriamente, en caso de no existir otra previsión diferente. De ahí en más, otros países europeos como Alemania (1990), Suiza (2003), Francia (2015), Portugal (2017) y España (2017), hicieron patente en su legislación civil que los animales no son cosas, sino seres vivos dotados de sensibilidad, destacando que están protegidos por leyes especiales y que sólo se les aplicarán las disposiciones de ‘cosas’ con carácter supletorio.

Fuera del viejo continente, países como Canadá, Nueva Zelanda o Colombia también han reconocido en sus legislaciones a los animales como seres sintientes, y países como Brasil y Argentina se encuentran trabajando en proyectos que van en la misma línea. De hecho, en Argentina, el año 2014 una sentencia (en una causa de acción de habeas corpus) llegó a señalar que “los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente”[[4]](#footnote-4).

**2. El Caso de Chile**

En nuestro país, si bien se ha mencionado tangencialmente el tema desde organizaciones animalistas o como parte de campañas electorales, los proyectos de ley que existen sobre animales generalmente no apuntan a cambiar su estatus jurídico, sino a protegerlos en aspectos puntuales. Excepcionalmente, sin embargo, existe un proyecto ingresado el año 2016 por moción parlamentaria en la Cámara de Diputados que se enmarca en la línea de las modificaciones globales al estatus jurídico que están empezando a recibir los animales en el resto del mundo. Lamentablemente no ha tenido movimiento alguno, y por su dilatada inactividad ya debiera estar archivado.

El Boletín N°10830-07, titulado *“Modifica el Código Civil en materia de régimen jurídico aplicable a los animales”,* tiene precisamente por objeto “*establecer en el Código Civil, una nueva categoría jurídica para los animales, declarándose los mismos como ‘seres vivos dotados de sensibilidad’, exceptuándolos de la denominación de bienes muebles o ‘cosas’. De esta forma, se les reconoce un estatus distinto y se recoge en nuestra legislación la diferencia que los animales tienen con las simples cosas inanimadas*”[[5]](#footnote-5). Es claramente un proyecto influenciado por la tendencia extranjera en su forma, pero que responde a una circunstancia del todo coherente con los conocimientos y evidencias científicas en la materia.

¿Cómo busca cambiar el régimen jurídico imperante? Crea un título nuevo dentro del libro II del Código Civil llamado “De los animales”, en que incluye el nuevo artículo 564 bis siguiente:

“Art. 564 bis. *Los animales son seres vivos* ***dotados de sensibilidad******y sujetos de protección legal de conformidad con las leyes especiales que rijan al efecto****. Sólo en aquellos aspectos no regulados por leyes especiales y en la medida que no afecten su calidad de seres sensibles,* ***regirán supletoriamente las normas de este título aplicable a los bienes muebles****.”*

Tal y como mencionamos anteriormente, la técnica jurídica aplicada en esta reforma responde a la tendencia internacional, que establece claramente en primer lugar que los animales no son cosas, sino sujetos dotados de sensibilidad; luego, destacando que están sujetos a normativas especiales para su trato y protección, y por último, subrayando que les serán aplicables supletoriamente las normas propias de los bienes muebles “*en la medida que no afecten su calidad de seres sensibles*”.

Lo que el proyecto busca es hacer una modificación principal al estatuto animal que confiere a toda la legislación futura un nuevo punto de partida. Los animales ya no son cosas, y se regirán por sus normas especiales en consideración a que son seres dotados de sensibilidad. A partir de esto, se deja abierta la puerta para generar todo tipo de regulaciones al respecto, con la diferencia de que forman parte de un régimen jurídico diferente, superior, que permite resguardar el mejor interés de los animales de una manera más efectiva.

**3. Implicancias de la nueva norma**

Para entender las novedades que trae consigo el cambio en el régimen imperante, podemos comparar este proyecto con una de las modificaciones legales más reciente en este tema, desarrollada en España. Esa reforma, al igual que el proyecto que descansa en nuestra Cámara de Diputados, modifica fundamentalmente su Código Civil en lo referente a los bienes muebles. Con ello se busca establecer el principio de que la naturaleza de los animales es distinta de la naturaleza de las cosas o bienes, y a partir de ello consolidar ese hecho para que así sea concebido por el resto del ordenamiento jurídico.

La redacción de ambas normas es similar, y en ambos casos pasan los animales a estar sometidos solo parcialmente al régimen jurídico de los muebles, en la medida en que no existan normas destinadas especialmente a regular las relaciones jurídicas en las que puedan estar implicados animales, **y más importante, siempre que dicho supletorio sea compatible con su naturaleza de ser vivo dotado de sensibilidad y con el conjunto de disposiciones destinadas a su protección.**

La amplitud con que en la norma chilena y española señalanque los animales se regirán por sus propias leyes especiales antes que por la de los muebles, viene a proponer que a futuro **ese régimen protector vaya extendiéndose progresivamente a los distintos ámbitos en que intervienen los animales** y se vaya restringiendo con ello la aplicación supletoria del régimen jurídico de las cosas.

**¿Hacia dónde podría ampliarse la protección?**

1. **Propiedad Responsable:** En primer lugar, en su aspecto más cotidiano y primitivo, los animales han sido, son y serán apropiables y objeto de comercio entre los hombres. La relación de la persona y el animal sea este de compañía, doméstico, silvestre o salvaje, es una relación de propiedad privada. Ahora eso sí, esta relación tendrá que circunscribirse a un escenario en donde la propiedad recae sobre un ente dotado de sensibilidad. Así, **tanto las facultades de uso y goce del animal, como la de disposición sobre el mismo han de respetar tal cualidad, de modo que el propietario ha de ejercitar dichas facultades atendiendo al bienestar del animal, evitando el maltrato, el abandono y la provocación de una muerte cruel e innecesaria.**

A partir de lo anterior, la legislación española añade que  *“en consonancia con el principio que inspira la reforma, se adecuan al mismo, entre otras, las tradicionales nociones de ocupación, frutos naturales, hallazgo, responsabilidad por daños y vicios ocultos, aplicadas, de una manera distinta a la actualmente vigente, a los animales”[[6]](#footnote-6)*.

1. **Régimen de custodia para crisis matrimoniales:** La legislación española avanzó en un problema antiguo nunca resuelto, que es muy ejemplificador en cuanto a las muchas problemáticas en las que se puede ver envuelto un animal (sobre todo los de compañía) y las mejores posibilidades que la modificación legal permite. Una causa de controversia frecuente los tribunales ibéricos dice relación con las crisis matrimonialesy la determinación de custodia de los animales de compañía que se suscitan por los divorcios.

Para tratar este problema, se contempla el pacto sobre los animales domésticos, y se sientan los criterios sobre los que el juez debe tomar la decisión de a quién entregar el cuidado del animal, atendiendo como novedad, principalmente a su bienestar. Con esta ley, si las partes no son capaces de ponerse de acuerdo respecto de quien se queda con el animal, el juez podrá determinar un régimen de custodia, dependiendo de las circunstancias. Es útil para casos en que, por ejemplo, existe un matrimonio que no se pone de acuerdo en la custodia de un perro y uno de los cónyuges no da un buen trato a la mascota. Por ejemplo, el marido, que le había puesto el microchip, tiene historial de denuncias por abuso animal. Anteriormente nada podía hacer la justicia para determinar hacia donde iría el animal, pero hora el juez puede sopesar que es lo mejor para este una vez analizados los antecedentes.

1. **Hipotecas:** El proyecto español ha avanzado también respecto de evitar sujetar a los animales como garantías de otras obligaciones. “*Con el mismo criterio protector que inspira la reforma, mediante la modificación del apartado primero del artículo 111 de la Ley Hipotecaria se impide que se extienda la hipoteca a los animales colocados o destinados en una finca dedicada a la explotación ganadera, industrial o de recreo y se prohíbe el pacto de extensión de la hipoteca a los animales de compañía*”[[7]](#footnote-7). En definitiva, lo que se busca en este caso es que los préstamos no puedan comprender a los animales domésticos, ni tampoco puedan ser sujetos de embargo cuando así lo sea la vivienda.
2. **Inembargabilidad:** Relacionado con el punto anterior, la ley española modifica la ley de Enjuiciamiento Civil, para declarar **absolutamente inembargables a los animales de compañía** en atención al especial vínculo de afecto que liga a los animales de compañía con la familia con la que conviven. Esta previsión rige sin perjuicio de la embargabilidad de las rentas que dichos animales puedan generar. A lo que esto hace referencia, es que los animales como bienes muebles, con valor monetario, pueden actualmente ser embargados si sus propietarios tienen deudas impagas o caen en insolvencia, como ocurriría con un auto o un televisor. Con la modificación propuesta en la legislación española, lo que se busca es que los animales no sean víctimas de los problemas económicos de sus familias humanas o la institución ganadera de la que son parte.
3. **Otros:** El cambio del estatuto jurídico permitirá a futuro facilitar la protección de los animales de distintas maneras. Por ejemplo, las legislaciones europeas que han hecho la modificación dan cuenta de que el cambio les ha permitido lucharcontra **el abandono ante emergencias de manera más efectiva**. ¿Porqué? Pues en caso de que muera el dueño de un animal y este quedare a su suerte en la antigua propiedad particular del fallecido, se suscita el problema de la imposibilidad de allanamiento por ser propiedad privada. Con el cambio en la legislación, se pone al animal en una situación jurídica que podría admitir proceder de una forma anteriormente proscrita.

Otro de los beneficios del cambio en la ley dice relación con una **lucha más efectiva contra el maltrato animal**. Esto podría ser efectivo en el entendido que la denuncia de maltrato animal es difícil de demostrar, pues si el animal tiene comida, agua y lo fundamental para subsistir se concluye que su vida no está en peligro inminente. Con un estatuto jurídico que eleva la condición del animal se hace más probable alcanzar una obligación de resguardo más exigente, considerando que se eleva la exigibilidad de una propiedad responsable.

Por último, y en consonancia con las obligaciones que devienen de modificar el régimen jurídico animal, es del todo esperable que esta modificación legal impulse a la larga un cambio social. El reconocimiento explícito que se entrega emite un mensaje potente que supone a la larga interiorizar en la sociedad un trato más respetuoso y responsable con los seres vivos que nos rodean.

**4. Conclusión**

El proceso de modificaciones legales en el mundo ya está instalado y no responde a un capricho o una idea que sólo sirve para ganar aprobación ciudadana. Tiene un evidente asidero científico y consecuentemente se está respaldando ello en los entramados legales de diversos países. En ese marco, pese a que nuestro país está muy lejos de aquellos que van de avanzada, hay ideas positivas como la del proyecto mencionado en el presente documento. Dicha iniciativa más que crear muchas leyes detalladas, propende al bienestar animal **modificando la perspectiva originaria desde la cual dicha regulación nace**, es decir, incorporando un principio nuevo y modificando la noción de animal como sinónimo de un mero bien sobre el que los hombres simplemente ejercemos dominio[[8]](#footnote-8).

A partir de este cambio deviene una serie de medidas que pueden servir para modificar paulatinamente la legislación actual, iniciando un cambio que a la larga no será sólo normativo, sino también social. Al establecerse obligaciones legalmente exigibles se comienza a generar conciencia en torno al cuidado y respeto que los seres vivos merecen de manera transversal. Esto supone que una nueva categoría jurídica significa un tremendo paso para instalar en el ideario colectivo la necesidad de tener un trato más respetuoso y responsable con los animales que nos rodean[[9]](#footnote-9).

1. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0718-00122016000200012#1 [↑](#footnote-ref-1)
2. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:12006E/PRO/33 [↑](#footnote-ref-2)
3. https://www.abogacia.es/2018/01/19/los-animales-no-son-cosas-una-reforma-legal-en-marcha/#\_ftn1 [↑](#footnote-ref-3)
4. Cámara Federal de Casación Penal, Registro N° 2603/14, de 18 de diciembre de 2014 [↑](#footnote-ref-4)
5. http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php# [↑](#footnote-ref-5)
6. http://www.congreso.es/public\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-167-1.PDF [↑](#footnote-ref-6)
7. http://www.congreso.es/public\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-167-1.PDF [↑](#footnote-ref-7)
8. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0718-00122016000200012#1 [↑](#footnote-ref-8)
9. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0718-00122016000200012#1 [↑](#footnote-ref-9)