

Bienes comunes y protección del Derecho Internacional a sujetos no humanos¹

María Constanza Cubillos Torres

Médico Veterinario

Asistente de investigación Universidad Finis Terrae

1. INTRODUCCIÓN

¿Pueden ser considerados los animales como bienes comunes y bajo qué modalidades? Esta pregunta será abordada a raíz de dos fallos de habeas corpus, el primero solicitado a favor de una chimpancé en Argentina y el segundo a un oso en Colombia.

Tras estos dos fallos de habeas corpus, este trabajo en su primer acápite intenta recoger parte de la argumentación y en lo principal, el razonamiento utilizado por los juzgadores para concederlos. No se intentará bajo ninguna circunstancia responder si corresponde o no la vía de habeas corpus en animales, sino simplemente abordar la protección que merece la fauna silvestre protegida y el rol que esta cumple, bajo una perspectiva jurídica del Derecho Internacional, a tener en cuenta en futuros litigios.

Para lo anterior, se tienen en cuenta dos aspectos: el primero dice relación con un punto en común de ambos fallos, este es, la importancia de la fauna silvestre como parte integrante de la biodiversidad del planeta y, el segundo, un instrumento jurídico de carácter vinculante para los Estados, la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora silvestres (en adelante CITES) que si bien es un Tratado de tipo comercial, igualmente conferiría un estatus de mayor protección a los animales silvestres allí contemplados.

¹ Este trabajo fue presentado el 7 de Septiembre de 2017 en los VII Coloquios de Derecho Internacional realizados en la Universidad Diego Portales, la ponencia se tituló "Bienes comunes y protección del Derecho Internacional de un sujeto no humano", que analiza la sentencia del Juzgado de Garantías de Mendoza, Argentina sobre la Chimpancé Cecilia. Sin embargo, casi en la misma fecha al envío del resumen, un nuevo fallo de habeas corpus fue concedido a un Oso por la Corte de Suprema de Colombia, por lo que este trabajo ha sido adaptado con inclusión de este último fallo.

2. DOS HABEAS CORPUS PARA ANIMALES SILVESTRES

2.1 En Argentina: Un chimpancé²

El 3 de Noviembre de 2016 en el Tercer Juzgado de Garantías de la ciudad de Mendoza tuvo lugar una acción de habeas corpus a favor de un sujeto no humano, la chimpancé Cecilia perteneciente al zoológico de dicha ciudad. Quienes presentaron el habeas corpus argumentaron que Cecilia fue privada ilegal y arbitrariamente durante más de treinta años de su derecho de libertad ambulatoria y a una vida digna por parte de las autoridades del zoológico, solicitando que ésta fuera trasladada al Santuario de Chimpancés de Sorocaba en Brasil u otro establecimiento adecuado.

Los accionantes señalaron que Cecilia se encontraba viviendo en deplorables condiciones para cualquier animal de su misma especie, en un recinto pequeño, de cemento, expuesta a las inclemencias del clima, en un habitáculo sin áreas verdes, con pobre enriquecimiento ambiental, sin un bebedero de agua de manera permanente y en ausencia de sus congéneres, considerando que de por sí, los chimpancés son animales muy sociales.

Se presentaron distintos medios probatorios para acreditar la situación descrita, y el tribunal llevó a cabo la inspección personal en el recinto que vivía Cecilia, constatándose las deficientes condiciones en que habitaba. Luego, en posterior audiencia los accionantes, la fiscalía, autoridades del zoológico y representantes del gobierno de la Provincia de Mendoza concordaron que la mejor opción era enviar a Cecilia a Sorocaba.

La resolución de la acción fue: I. Dar lugar a la acción de habeas corpus; II. Declarar que la chimpancé es sujeto de derecho no humano y III. Disponer el traslado de Cecilia.

Para llegar a lo anterior, la juzgadora señaló que el caso planteado involucraba la protección de un valor o bien colectivo, por lo que no solo estaba autorizada, sino obligada a emitir una resolución de fondo, ello basado en que la Constitución Nacional Argentina reconoce en su artículo 43 inciso segundo la acción de amparo

2 Tercer Juzgado de Garantías de Mendoza, Argentina. Asociación de Funcionarios y Abogados por el Derecho Animal (AFADA) respecto de la chimpancé Cecilia. Habeas Corpus. (03/11/2016). Expediente N°p-72.254/15. Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar>

en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente y los derechos de incidencia colectiva³. También se encuentra consagrado en el mismo cuerpo legal el derecho al ambiente en su artículo 41, que en una concepción amplia expresamente incluye el patrimonio natural, los valores culturales y la calidad de la vida social⁴.

Por otra parte, Argentina cuenta con una ley de fauna silvestre que declara de "interés público la protección y conservación de la fauna silvestre"⁵ y a su vez con la ley de política ambiental por la cual "toda persona puede solicitar mediante acción de amparo la cesación de daño ambiental colectivo, con el objeto de proteger los recursos ambientales, sean estos naturales o culturales"⁶.

Cecilia a criterio de la jueza no solo sería parte del patrimonio natural por integrar la fauna silvestre del país, sino también por integrar el patrimonio cultural de la comunidad.

El fallo en análisis deja en evidencia que la comunidad y la Provincia de Mendoza no pudieron proveer a Cecilia el bienestar que todos propenden y por ello se justificó dar traslado a la chimpancé a un lugar donde si pudiera vivir en mejores condiciones. Se expresa en el que a la época de creación del zoológico muchos de los derechos hoy reconocidos por Constituciones de otros Estados y en tratados internacionales de Derechos Humanos eran ignorados⁷. Y es en este sentido, -para la jueza- que con los años también se ha tomado conciencia sobre los derechos de los animales.

3 "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización", Artículo 43 inciso 2º, Constitución Nacional (Argentina) (22/08/1994).

4 "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos", Artículo 41, Constitución Nacional (Argentina) (22/08/1994).

5 Entendiendo por fauna silvestre a los animales bravíos o salvajes que viven bajo control del hombre, en cautividad o semicautividad y los domésticos que vuelven a la vida silvestre. Art. 3, Ley N°22.421 (Argentina) (12/03/1981). Sobre protección y conservación de la fauna silvestre.

6 Art. 2 en concordancia con el Art. 30, Ley N°25.675 (Argentina) (26/11/2002) Ley General del Ambiente.

7 En esta misma línea se recuerda el célebre caso "Somerset con Stewart" de 1772 por el cual la Corte Inglesa hizo lugar a un habeas corpus en favor de un esclavo llamado James Somerset, quién en ese momento y por ser de raza negra se encontraba desprovisto de toda protección, misma situación que ocurre hoy en día con los animales. A partir de este caso, quienes abogan por los Derechos animales han considerado que una vía posible de accionar, es a través de los habeas corpus. En ALBERTO SABSAY, Daniel. Los derechos de las personas no humanas. La Ley, Suplemento Derecho Ambiental. (Argentina). Fundación Ambiente y Recursos Naturales. 29 de abril 2015. Año XXII, N°1, p.1.

Se preguntó la jueza ¿Es Cecilia sujeto de derechos? y al efecto respondió de acuerdo a la sana crítica racional afirmando que los animales son seres sintientes y agregó que en el caso particular de los chimpancés, estos son aún más cercanos al ser humano por las habilidades cognitivas que poseen, evidencian tener sentimientos más elaborados que otros animales, tienen un estatus moral, psíquico y físico, además de un intelecto similar al de un niño de 4 años. Esto en definitiva, la llevó a concluir que “el chimpancé no es una cosa, tampoco una mascota, y que por tanto son sujetos de derecho e incapaces de hecho”⁸.

Por último, el fallo al atribuir derechos a los animales no intenta igualarlos a personas, ni tampoco elevar la categoría de todos los animales, sino solo resguardar a aquellos animales protegidos jurídicamente como Cecilia, especie amparada por la ley de fauna silvestre, lo que para la jueza vendría acorde con el principio de solidaridad y que desde el plano internacional muchos países asisten.

2.2 Colombia: Un oso de anteojos⁹

El habeas corpus fue presentado por una persona natural, quien actuó en favor de un oso de anteojos llamado Chucho, el que tras dieciocho años habitando de forma libre en una reserva de la ciudad de Manizales fue trasladado al zoológico de Barranquilla, quedando condenado -según el accionante- a vivir en cautiverio, por lo que se solicitó que regresara a un ambiente natural.

Para legitimar la acción, se argumentó que no existe mecanismo para asegurar y proteger los derechos de los animales que pasan de vivir en un hábitat natural al cautiverio, haciendo alusión a la ley N°1.774 de 2016 sobre protección animal, que de conformidad a su artículo 3 establece prerrogativas de que son titulares los animales, estas son a saber: el no padecer hambre ni sed, que no sufran malestar físico ni dolor de manera injustificada, que no enfermen por un actuar irresponsable o negligente, que no sean sometidos a condiciones de estrés y que puedan manifestar su comportamiento natural¹⁰. Por último, hay referencia a la acción popular contemplada en la Constitución de Colombia, que tendría similar significado a la acción proveniente de los derechos de incidencia colectiva

8 En contraposición a las líneas del Derecho civil y comercial que los considera cosas semovientes.

9 Corte Suprema, Sala de casación civil y agraria, Colombia. Gómez Maldonado respecto de oso de anteojos Chucho. Habeas Corpus. (26/07/2017). Radicación N°17001-22-13-000-2017-00468-02. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/692862597>

10 Estas prerrogativas vienen siguiendo la misma línea a lo señalado por la Organización Mundial de Sanidad Animal.

consagrados en la Carta Fundamental de Argentina.

Durante las audiencias nunca se justificó la necesidad de traslado del animal al zoológico, aunque cabe hacer presente que Chucho ya estando en la reserva se encontraba en un espacio natural, pero reducido, rodeado por cerco eléctrico, alambres y en solitario tras un fallido programa nacional de repoblamiento del oso andino, por el cual Chucho nació e igualmente vivió en cautiverio en la reserva de Manizales.

El sentenciador de primera instancia rechazó la acción por considerar que el habeas corpus no aplicaría para animales, ya que estos aún no han sido reconocidos como sujetos de derecho por el ordenamiento jurídico. Luego en instancia superior, la Corte Suprema decidió: I. Revocar la sentencia de primera instancia; II. Conceder el habeas corpus y III. Disponer el traslado del animal a una zona que se adecue mejor a las plenas y dignas condiciones en que merece vivir, teniendo como prioridad la reserva de Manizales, lugar que fue su casa durante dieciocho años.

En efecto, la Corte antes de resolver el caso concreto resolvió algunos aspectos relevantes de mencionar resumidamente:

El magistrado sostuvo que existen argumentos doctrinarios y jurisprudenciales para sustentar que los animales poseen derechos¹¹ y aunque sin adherir a ninguna doctrina que postule y promueva el Derecho animal, -que en general quienes lo fundamentan desechan la visión antropocéntrica del medio ambiente-, sí plantea la posibilidad de una visión ecocéntrica-antrópica, en la cual los ciudadanos y la sociedad deben asumir un rol activo en torno a la protección del medio ambiente, de manera que este sea conservado para la supervivencia, teniendo en cuenta que la especie humana es parte de la naturaleza y de la tierra.

Asimismo, expresa la Corte que los seres humanos no son los únicos sujetos de derecho, sino también otras realidades jurídicas, término que alude no solo a personas no humanas, sino incluso podría ampliarse a otros seres sintientes no humanos. En este sentido, el fallo recalca que si bien tales derechos existirían,

11 Entre los autores que abogan por los Derechos animales se nombra a Peter Singer, Tom Regan, Jeremy Bentham, Eugenio Zaffaroni, entre otros. Y en cuanto a argumentos jurisprudenciales, el mismo fallo alude al caso de Cecilia en Argentina, que definitivamente marca un precedente al conceder el primer habeas corpus a un animal, además de su traslado.

estos son diferentes a los de personas humanas, por lo que más bien se trataría de "reconocerles los correspondientes, los justos y convenientes a su especie, rango o grupo"¹².

A su vez sostiene que los animales como seres sintientes y sujetos de derecho no tienen deberes correlativos, pues están sometidos a un régimen de protección animal; en tanto que otros animales además lo están por la condición de ser fauna protegida e integrantes de la naturaleza y la biodiversidad, estando amparados en otros cuerpos legales y en la Constitución. Esta última entrega deberes a las personas que giran en torno a la protección de recursos culturales y naturales del país, y a velar por la conservación de un ambiente sano, lo que incluiría elementos de la naturaleza como bosques, atmósfera, ríos y animales.

Finalmente, la Corte Suprema indica que el oso Chucho pertenece a una especie vulnerable y en peligro de extinción, declarado así por resolución del Ministerio del Medio Ambiente de Colombia, y que además dicho animal cumple un rol de tipo ecológico por ser dispersor de semillas, entre otras cosas y que dada la distribución geográfica de la especie, este además sería de vital importancia para la Región Andina y sus bosques.

2.3 Similitudes y Diferencias en los fallos

Tanto para Cecilia como para Chucho, se dispuso sus respectivos traslados. En el caso de Cecilia su traslado efectivamente fue para proporcionarle mejores condiciones de vida, a diferencia de lo que sucede con Chucho, en que es cuestionable la decisión del tribunal, ello porque en ningún minuto los sentenciadores atendieron a decidir cuál sería el lugar más apropiado, es decir su hogar durante dieciocho años, una reserva privada con espacio reducido y no en las mejores condiciones, donde igualmente estaba cautivo tras un alambrado eléctrico o bien, un zoológico en el que ya se encontraba en proceso de adaptación, en que tendría una balanceada alimentación y de ser exitosa la adaptación conviviría con otros de su misma especie.

12 Esto se afina en el mismo ordenamiento jurídico de Colombia, pues el año 2016 los animales fueron considerados seres sintientes a través de la ley N°1.774 que modificó el Código Civil con su artículo 2°, Ley N°1.774 (Colombia) (06/01/2016) Que castiga el maltrato animal.

Por último, luego de la entrada en vigencia de esta ley, fue la Corte Constitucional que frente a un recurso de inconstitucionalidad declaró que la calificación de los animales como seres sintientes no es contraria a la calificación de bienes jurídicos, muebles, semovientes o inmuebles por destinación, ya que estos tendrían una doble condición jurídica [Véase en página 13 y 14 del fallo de Chucho].

Ambos fallos son propositivos al fallar un habeas corpus en favor de un animal. En general resuelven interrogantes similares, pero también ponen énfasis diferentes, entre estos:

Si bien, los sentenciadores coinciden en la calificación de los animales como seres sintientes y por tanto, sujeto de derechos, es del caso solo en Colombia los animales han sido legalmente considerados como seres sintientes, cosa que no sucede en Argentina.

Con Cecilia tanto los accionantes como la jueza se refieren a la proximidad de los chimpancés con el ser humano. Énfasis que en el caso de Chucho no se hace, sino solo respecto a su condición de ser sintiente.

Se entiende que tanto Cecilia como Chucho son fauna silvestre protegida y que estos, al igual que el ser humano forman parte de los ecosistemas. No obstante lo anterior, es en el fallo colombiano que se deja entrever una visión mucho más cercana a la del llamado Constitucionalismo Ambiental Andino¹³ observada en Ecuador y Bolivia, que considera a otras realidades jurídicas como sujetos de derecho, como podría ser la naturaleza o la pachamama. Y aunque cuestionable, la protección otorgada a Chucho obedecería mayormente a un elemento del medio ambiente que merece especial protección, que a un animal sujeto de derechos, pues si bien esto pudo haber jugado a su favor, no se debe olvidar que en ningún momento se atendió al resguardo efectivo del oso.

En el caso argentino, también se hace presente una perspectiva más desarrollada en torno a Cecilia como parte del patrimonio natural y cultural, tema que será abordado en el siguiente acápite, y que en la sentencia de Chucho también se observa pero de manera solapada.

13 Para CARDUCCI, M. y CASTILLO, L. Nuevo Constitucionalismo de la biodiversidad vs. Neoconstitucionalismo del riesgo. *Seqüência*. (Florianópolis, Brasil). Agosto, 2016. 73:255-284, "el nuevo constitucionalismo andino es generalmente definido como constitucionalismo latinoamericano [...], otros autores lo han llamado neoconstitucionalismo transformador o experimental debido a su carácter innovador", p.257. A su vez en cuanto a reconocer derechos a la naturaleza hay dos grandes posiciones, por un lado están quienes reconocen la naturaleza como una entidad jurídica que amerita protección constitucional, pero sin llegar a ser sujeto de derechos y quienes la ven definitivamente como sujeto de derechos, estos últimos consideran que el antropocentrismo derivado de la modernidad es causante de muchas catástrofes ambientales. MACÍAS GÓMEZ, Luis. El constitucionalismo ambiental en la nueva Constitución de Ecuador. Un reto a la tradición constitucional. *Revista Iuris Dictio* (Ecuador). 2011. 14 (12) p.158-160.

Por último, en ningún fallo se alude a CITES, sin embargo esta podría constituir una importante herramienta en la línea argumental a favor de la protección de estos animales, que no se profundizó.

3. BIENES COMUNES Y EL PRINCIPIO DE EQUIDAD INTERGENERACIONAL

Hoy el concepto de bienes comunes a nivel internacional es utilizado en distintos contextos y áreas, entre ellas la informática, la cultura, políticas públicas y en particular, el Derecho ambiental. Esto siempre bajo la premisa que los bienes comunes o commons solo funcionan en la medida que la comunidad establezca relaciones con sus recursos generando normas y reglas en torno a su uso común o limitándolo en ciertos aspectos.

Ahora, siguiendo la idea de Bárbara Unmussig en la Conferencia Internacional sobre Bienes Comunes (2010) repetimos un fragmento de su discurso de bienvenida "La pregunta siempre es ¿a quién pertenece? ¿quién tiene el derecho a acceder al Lago Griebnitz, por ejemplo? ¿a quién pertenecen las reservas de agua potable? ¿a quién pertenecen los sitios abandonados de la ciudad? ¿o la internet? ¿o la tierra? [...] ¿a quién pertenece la biodiversidad? [...]"¹⁴. Con todas estas preguntas encontraremos distintas respuestas, porque cada bien común es único y tendrá distintas circunstancias e intereses que lo rodean. No es del caso responder a quien pertenece Cecilia, ni Chucho, sino determinar los alcances de considerarlos bienes o valores colectivos a través de los fallos descritos.

Recordemos que en el caso de la chimpancé, la jueza señala ocuparse del bien y valor colectivo que representa el bienestar de Cecilia, esto por pertenecer al patrimonio natural y cultural de la comunidad. Es a través de estos que se hace el nexo con los bienes comunes.

Para María Cecilia Añaños los commons son regímenes autoregulados, cuyo acceso, uso y derechos de participación están regidos por reglas determinadas por la comunidad misma¹⁵. Otra definición consiste en que son los facilitadores de todas las

14 De acuerdo a BUSANICHE, Beatriz (Ed.). Conferencia Internacional sobre bienes comunes: Construyendo una plataforma política basada en bienes comunes. Reporte en español (Berlín, Alemania). Noviembre, 2010. [consulta: 05 marzo 2018]. p.5. Disponible en: <https://cl.boell.org/sites/default/files/downloads/ICC.report.es.pdf>. Esta Conferencia tuvo por objeto elaborar principios en torno a los bienes comunes para avanzar en la planificación y el desarrollo de políticas basadas en los bienes comunes, así como también potenciar sus articulaciones.

15 AÑAÑOS MEZA, María Cecilia. La idea de los bienes comunes en el sistema internacional: ¿Renacimiento o extinción?. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. (México). 2014. 34 (XIV) p. 155.

demás metas sociales incluyendo metas medioambientales, que son esencialmente sociales¹⁶. Otra especificación acerca de bienes comunes la encontramos en la Comisión de Bienes Públicos de Italia, que propone adecuar la normativa de los bienes públicos teniendo en cuenta la noción de bienes comunes. Así, se señala que estos son aquellas cosas que representan utilidad directamente funcional al efectivo ejercicio de Derechos Fundamentales, bienes que deben ser salvaguardados por el ordenamiento jurídico también respecto a las generaciones futuras¹⁷.

Por otra parte, el Derecho Internacional utiliza el término bienes comunes globales o también llamados patrimonio común de la humanidad. Y es que las constantes referencias a un patrimonio común o colectivo corresponden al ámbito de los bienes comunes o elementos compartidos por la comunidad en el área de la cultura, como también en lo concerniente al medio ambiente y su protección.

Hay una multiplicidad de bienes comunes y clasificaciones, entre estas últimas, Bollier agrupa a los commons en tres categorías generales: regalos de la naturaleza, creaciones materiales y creaciones intangibles¹⁸. Otra aún más simple consiste en clasificarlos como bienes materiales e inmateriales. Los materiales se encuentran en la naturaleza, estos son agotables o depredables y por tanto, su regulación debe limitarlos y resguardarlos (semillas, bosques, océanos, fondos marinos, la tierra y la fauna silvestre)¹⁹. Los inmateriales no escasean por su uso o consumo y corresponderían a los bienes comunes modernos que no son materia de este análisis²⁰.

Hay bienes comunes globales que han sido regulados a través del Derecho Internacional, entre ellos las llamadas "zonas comunes" que se encuentran fuera de la jurisdicción de los Estados, tales como el ultramar, el espacio exterior e incluso aunque en forma más limitada, el territorio antártico²¹. Al interior de los Estados

16 Para Bauwens, M.; Bollier, D.; Busaniche, B.; Helfrich, S.; Lambing, J. y Loschman, H. del Comité organizador de la Conferencia. Según BUSANICHE, Beatriz (Ed.). Conferencia Internacional sobre bienes comunes: Construyendo una plataforma política basada en bienes comunes. Reporte en español (Berlín, Alemania). Noviembre 2010. [consulta: 05 marzo 2018]. p.32. Disponible en: <https://cl.boell.org/sites/default/files/downloads/ICC.report.es.pdf>

17 MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodrigo. De las cosas comunes a todos los hombres, notas para un debate. *Revista Chilena de Derecho*. 2014. 1 (41) p.27.

18 BOLLIER, David. Los bienes comunes: un sector soslayado de la creación de riqueza. En: Helfrich, Silke (Coord.). *Genes, bytes y emisiones: bienes comunes y ciudadanía*. (México). Fundación Heinrich Boll. Agosto 2008. p.31.

19 MÍGUEZ NÚÑEZ al señalar bienes comunes ejemplifica con ríos, lagos, aire, parques, bosques, glaciares, fauna y flora protegida, bienes arqueológicos, culturales, ambientales y las demás zonas paisajísticas tuteladas.

20 AÑANOS MEZA, p.159.

21 En el caso de la Antártica es limitado puesto que se busca su preservación. BRUNNÉE, Jutta. Common Areas, Common Heritage, and Common Concern. En: Bodansky, D.; Brunnée, J.; Hey, Ellen (Eds.). *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. (Estados Unidos). Oxford University Press Inc. Agosto 2008. p.563.

otros bienes comunes han recibido protección a través de tratados internacionales, así por ejemplo se encuentra la Convención del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972 que en su artículo 4 reconoce la obligación de los Estados de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio, sin embargo entiende por estos a monumentos y zonas delimitadas²², lo que no incluiría una clase de patrimonio vivo.

Si bien se entiende que todo commons debe ser resguardado, no existe un régimen de protección efectivo sobre todos ellos, y menos aún está claro que derechos pesan sobre estos bienes. Escapa del tema en estudio determinar que naturaleza tendrían tales derechos, algunos los llaman derechos colectivos y que en el caso argentino corresponderían a los derechos de incidencia colectiva, de los que sus titulares pueden ser tanto personas de derecho público o privado.

No cabe duda que tratándose de bienes comunes materiales, estos antes de formar parte del patrimonio común pertenecen a los Estados donde se encuentran y por ende están sujetos a las decisiones y resguardo que cada Estado les otorgue. En este sentido, la regulación que se les ofrezca no debe hacerlos de libre uso, sino al contrario, limitar su uso en virtud de principios de solidaridad, igualdad, responsabilidad y equidad intergeneracional.

Es a partir de tales principios, en especial el de equidad intergeneracional que se encuentra el principal nexo con los fallos expuestos, pues sigue la idea que es la humanidad la llamada a preservar el patrimonio natural y cultural del planeta, no comprometiendo las expectativas de las generaciones pasadas, presentes y futuras, idea que se expresa en ambos fallos.

Para Edith Brown Weiss, el concepto de equidad intergeneracional tiene tres aspectos o principios base, estos son a saber²³:

-
- 22 Siguiendo la Convención se entiende que el patrimonio cultural corresponde a obras arquitectónicas o de carácter arqueológico, construcciones que desde el punto de vista de la arquitectura son excepcionales dentro de las artes o la ciencia y lugares con valor histórico, arqueológico, etnológico o antropológico (Art. 1). Y por patrimonio natural comprende monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas de valor excepcional, formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies, animal y vegetal, amenazada y los lugares naturales o zonas naturales estrictamente delimitadas (Art. 2). Convención del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural. (16/11/1972). Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
- 23 BROWN WEISS, Edith. Intergenerational equity: a legal framework for global environmental change. En: Brown Weiss (Ed). *Environmental change and international law: New challenges and Dimensions* (Tokyo, Japón) United Nations University Press. 1992. [fecha de consulta: 27/02/2018]. Disponible en: <http://archive.unu.edu/unupress/unupbooks/uu25ee/uu25ee00.htm#Contents>

1. Principio de conservación de las opciones: Por el cual cada generación tiene el deber de conservar la diversidad de los recursos naturales y culturales, de modo que no se restrinja las opciones de que disponen las futuras generaciones para resolver sus problemas.
2. Principio de conservación de calidad: Exige que cada generación mantenga la calidad del planeta para que no se transmita en peores condiciones que aquella en que fue recibido.
3. Principio de conservación del acceso: Por el que cada generación debe proporcionar a sus miembros derechos de acceso equitativo al legado de las generaciones pasadas, imponiendo también el deber de conservar este acceso para las generaciones venideras.

De estos principios se desprenden deberes para las generaciones presentes en virtud de los derechos al uso y disfrute del patrimonio natural y cultural que poseen las presentes y futuras generaciones. Pese a ello, en el Derecho Internacional no hay instrumento de carácter jurídico vinculante que consagre expresamente la equidad intergeneracional y sus elementos bases.

En la actualidad solo existen declaraciones que reconocen los intereses de futuras generaciones, entre estas: la Declaración de Estocolmo de 1972, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, la Declaración de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras de 1997. Así también ocurre en el preámbulo de algunos Tratados, como el Convenio Internacional sobre la Regulación de la Caza de Ballenas de 1946²⁴, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres de 1973²⁵, el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992²⁶, entre otros.

24 En su preámbulo indica: "Reconociendo el interés de las naciones de todo el mundo en salvaguardar para las generaciones futuras los grandes recursos naturales que representa la especie ballenera".

25 Que expresa: "Reconociendo que la fauna y flora silvestres, en sus numerosas, bellas y variadas formas constituyen un elemento irremplazable de los sistemas naturales de la tierra, tienen que ser protegidas para esta generación y las venideras". Convención sobre el Comercio Internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres. (3/03/1973). Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

26 Afirma: "que la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad [...] Resueltas a conservar y utilizar de manera sostenible la diversidad biológica en beneficio de las generaciones actuales y futuras".

En definitiva, no es posible concluir que las futuras generaciones posean derechos que puedan hacerse valer en el Derecho Internacional²⁷. Redgwell coincide con lo anterior, al afirmar que no existirían derechos justiciables de generaciones futuras en el Derecho Internacional²⁸. En realidad, todas estas declaraciones y tratados recogen la idea de evitar daños irreversibles²⁹ y de proteger el patrimonio natural ambiental y/o cultural para las futuras generaciones, las que sin duda se verían favorecidas en la medida que sistemas internacionales logren ser eficaces.

Lo que sí existe son ordenamientos jurídicos nacionales que han reconocido el principio de equidad intergeneracional inicialmente a través de la jurisprudencia en alusión no solo a declaraciones de organizaciones internacionales, sino también en torno a las políticas ambientales de cada Estado. Ejemplo de esto, es el caso de las toninas overas en Argentina de 1983³⁰, sentencia pionera para la época, de la cual también se hace mención en el fallo de la chimpancé.

Hoy se observa una evolución en los ordenamientos jurídicos nacionales, dado principalmente por la inclusión de la equidad intergeneracional en las Constituciones Nacionales. En el caso argentino expresamente consagrado, no así en la de Colombia, aunque igualmente el fallo sobre Chucho hace mención a esta.

En ambos casos analizados, los objetos de protección son fauna silvestre protegida que formaría parte de un patrimonio natural vivo e incluso cultural. A su vez se entiende que el bienestar de estos bienes comunes materiales no solo estaría en manos de la comunidad internacional, sino que para ser concretos es necesario que los Estados colaboren desde sus ordenamientos jurídicos, pues son

27 BOYLE, Alan. Derecho Internacional y desarrollo sustentable. *Estudios Internacionales*. (Santiago, Chile) 2004. 147 (37) p.12.

28 REDGWELL, Catherine. Principles and emerging norms in International Law: Intra- and Inter-generational equity. En: Gray, K.; Tarasofsky, R.; Carlarne, C. (Eds.) *The Oxford Haanbook of International Climate Change Law*. (Estados Unidos). Oxford University Press Inc. Marzo 2016. p.196.

29 También podrían agregarse, la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y las que esta ha dado origen, especialmente el Acuerdo de París.

30 Esta sentencia pionera para la época prohibió la captura de toninas overas en mares argentinos, sosteniendo que "la ley de fauna silvestre sigue el espíritu de la Conferencia de Estocolmo [...] y que al igual que la toninas, otras especies autóctonas del país también se encuentran en peligro por el accionar irracional o irreflexivo del hombre [...]. No pareciendo haberse comprendido que cuando una especie animal se extingue, la desaparición ocurre de una vez y para siempre". Juzgado Nacional contencioso-administrativo federal N°2, Argentina. Kattan y Schroder con Estado Nacional. Amparo. (10/05/1983). Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/>.

Justamente en la Declaración de Estocolmo se refleja la idea de proteger los recursos naturales, incluyendo en estos a la flora y fauna, especialmente aquellas muestras representativas de los ecosistemas naturales, que deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras, mediante una cuidadosa planificación u ordenación. Siguiendo el principio 2, Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano. (16/06/1972). Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano.

estos quienes internalizan no de la misma manera intereses colectivos en torno a la protección de los commons³¹. Lo cierto es que aún cuando en términos legales los animales silvestres sean sujetos de apropiación pública o privada, estos no se apartarían de su condición de commons, mientras haya una comunidad que se sienta vinculada a ellos y esté interesada en su conservación y/o ampliación³², como fue el caso de Cecilia.

Por otra parte, los commons no solo se establecen en beneficio de una comunidad en particular, sino de la sociedad en su conjunto. Es por ello creemos que la jueza Mauricio en Argentina expresa que "aún la chimpancé sea trasladada a otro país esta seguirá siendo parte del patrimonio cultural". Lo anterior, pese a que de acuerdo a la Recomendación sobre la Protección de los Bienes Culturales Muebles de Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura³³ y lo visto conforme a la Convención sobre la Protección del Patrimonio mundial, cultural y natural, los animales vivos no podrían ser calificados como patrimonio cultural.

Ahora, en cuanto a Cecilia y Chucho como patrimonio natural, debemos entender que más allá de pertenecer a un zoológico o una reserva privada son especies silvestres protegidas en diferentes partes del mundo, y no solo es importante conservarlos por su valor para las personas, sino que también por tratarse de especies que cumplen roles vitales para la mantención de los ecosistemas. En este sentido, con Chucho se hace gran énfasis, al expresar "El *tremarctos ornatus* (nombre científico de la especie a la que pertenece el oso Chucho) tiene vital importancia ecológica por tratarse de un dispersor de semillas y transformador del bosque al derribar arbustos y ramas para alimentarse, facilitando así los mecanismos de renovación de la foresta [...]. La conservación del oso andino y su entorno, no solo es importante porque implica la conservación de la Región Andina, también se relaciona con la protección de los recursos hídricos"³⁴.

31 BRUNNÉE, p.553.

32 HELFRICH, Silke. Commons: ámbitos o bienes comunes, procomún o "lo nuestro" las complejidades de la traducción de un concepto. En: *Genes, bytes y emisiones: bienes comunes y ciudadanía*. (México). Fundación Heinrich Böll. Agosto 2008. p.46.

33 Esta señala que por bienes culturales muebles se entiende a todos los bienes que son expresión de la creación humana o evolución de la naturaleza. Y al describir las categorías de estos hace referencia a bienes de tipo histórico. Así, lo más próximo a Cecilia es la categoría XI que nombra a los especímenes de zoología, de botánica y de geología, pero que no sería lo adecuado por tratarse de especímenes muertos y objeto de exhibición en museos. En Recomendación sobre la Protección de los Bienes Culturales Muebles de Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura. (28/11/1978). Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

34 Véase páginas 29-30 del fallo.

Igualmente el fallo de Chucho aborda la idea de bienes comunes desde una perspectiva en la que no solo estaría la fauna silvestre, sino también la tierra y la naturaleza, adhiriendo la Corte a una visión amplia del medio ambiente; que el fallo la llama ecocéntrica-antrópica.

Pues bien, independiente de la visión que se siga llegaremos a que el hombre es el principal responsable de la conservación de los bienes comunes y del medio ambiente. Para los casos en análisis, tanto los osos de anteojos, como los chimpancés merecen especial protección, ya sea por ser fauna silvestre que cumple un rol esencial en los ecosistemas, con la potencialidad de proporcionar recursos y/o servicios ecosistémicos que favorecen la mantención de la vida humana, como también bajo el entendido que son una realidad jurídica con valor intrínseco.

Finalmente, si respetamos los ecosistemas naturales, como sus componentes, llegaremos a dos características de los bienes comunes, estas son la abundancia y diversidad³⁵. De esta forma, los bienes se reproducirán de manera suficiente para todos, de manera universal y para las futuras generaciones.

4. MARCO DE LA CONVENCION SOBRE EL COMERCIO INTERNACIONAL DE ESPECIES AMENAZADAS SILVESTRES

En países desarrollados o en vías de desarrollo se observa una tendencia por generar un marco regulatorio de protección animal. Hoy se ve configurado el delito de maltrato animal y el de crueldad animal en materia penal. Desde el ámbito sanitario y de la producción pecuaria también ha habido grandes avances estableciendo normativa en relación al transporte de los animales, control de enfermedades, sacrificio humanitario, entre otras. El mundo ha sido testigo cómo paulatinamente ha evolucionado la noción de animales, lo que se observa, inclusive en el Derecho civil de algunos Estados considerándolos muebles, y a la vez seres sintientes.

Aún cuando objetivamente todos los animales son seres sintientes, o aún cuando se avance en algunos Estados en torno a los derechos animales, hay algo que es evidente, jamás existirá bajo tales premisas igualdad interespecie no humana, del mismo modo que no pueden recibir igual protección entre ellos, pues la regulación animal está dada principalmente por la utilidad que le brindan al hombre.

35 En BUSANICHE, Beatriz (Ed.). p.32.

Es en el caso de la fauna silvestre, que encontramos en el Derecho Internacional un instrumento de carácter jurídico vinculante que intenta proteger de igual forma a diferentes especies silvestres amenazadas en el mundo, este es CITES, y es del caso que los chimpancés y los osos de anteojos están contemplados en la Convención. Esta última se encuentra vigente desde 1975 y cuenta hoy con 138 Estados partes que deben velar porque el comercio internacional de especies silvestres no constituya una amenaza para su supervivencia³⁶. Con todo, el objetivo de CITES no es detener o prohibir el comercio de la vida silvestre como muchos parecen pensar, en realidad se tolera cierto grado de explotación, pero a través de ciertas formalidades que los Estados deben cumplir y asegurar³⁷.

Muchas especies se encuentran hoy en peligro de extinción por el comercio ilegal de animales y sus subproductos, aunque también en gran medida por la destrucción de sus hábitats. Hoy CITES ha resultado ser un instrumento exitoso para la protección de más de 35.000 especies de flora y fauna. De esta última, se encuentran protegidas especies pertenecientes a distintos grupos animales tales como mamíferos, aves, reptiles, peces, corales, moluscos y otros.

A través de la Convención los Estados se someten a un control de exportación e importación de ciertas especies contempladas en tres apéndices. En el apéndice I se encuentran aquellas en peligro de extinción; En el apéndice II, especies que no están en peligro de extinción pero que su comercio ilegal puede constituir un riesgo para su supervivencia y por último el apéndice III que regula especies protegidas al menos en un país, por lo que se solicita la colaboración de otros Estados en su control³⁸. Los chimpancés se encuentran en el apéndice I junto a otros primates, al igual que los osos de anteojos.

Ahora bien, el por qué es cuestión de interés internacional la conservación de especies amenazadas es la preservación de estos recursos que se encuentran al interior de los Estados y que otorgan beneficios de carácter global,³⁹ tanto para el hombre como para los ecosistemas. Igualmente existirían más razones de tipo moral, ético, social, entre otras, pero que no vienen al caso.

36 CITES. ¿Qué es la CITES? [en línea] [fecha de consulta: 10 marzo 2018]. Disponible en: <https://www.cites.org/esp/disc/what.php>

37 Según HEMMINGS, Jess. Does CITES Conserve Biodiversity?. *Asia Pacific Journal of Environmental Law*. 2002. 3-4 (7). p. 97.

38 De acuerdo al Artículo 2º de la Convención.

39 HEMMINGS, p.121.

CITES, pese a ser un tratado internacional general de protección de fauna silvestre, se centra solo en algunas especies, y es que para determinar cuáles debiesen ser protegidas se siguen criterios puramente científicos, que Barrena los simplifica en dos, primero de acuerdo al grado de endemidad, esto es, en función si son animales propios de un lugar (que no es posible encontrar en otras partes del mundo), y por otra parte, en base a la biomasa existente, es decir, si hay en suficiente cantidad que asegure su supervivencia⁴⁰. En el caso de Cecilia, su protección está más bien asociada a criterios de biomasa, sin embargo en el caso de Chucho ambos criterios están presentes a lo largo del fallo.

Durante los primeros años de aplicación de CITES, el 96% de los animales fueron capturados en el medio silvestre, sin embargo, hoy se experimenta un cambio, puesto que la mayor parte de ellos proviene de establecimientos de cría en cautividad. Por este motivo, los Estados partes han acordado en la COP15 el establecimiento de un proceso de registro para establecimientos de cría en cautividad, de manera que ahora deberán ser autorizados a través de las autoridades administrativas de cada Estado, facilitando los permisos a la Secretaría de la Convención⁴¹, dando lugar a un control sobre zoológicos u otros recintos privados.

Al estar considerados los chimpancés y los osos de anteojos en el listado I de CITES, queda en evidencia la relevancia de su protección, sin importar si pertenece al medio silvestre o un zoológico. Es en este sentido que ambos fallos pudieron poner de relevancia la protección que merece Cecilia y Chucho, aspecto del cual no hay menciones en las sentencias comentadas.

Otras Convenciones también jugarían un rol clave protegiendo parte la biodiversidad del planeta, y especialmente la fauna silvestre, entre ellas la Convención sobre Diversidad Biológica. No obstante, para Hemmings gran parte de la biodiversidad sobrevive gracias a CITES, ello pese a los obstáculos que presenta, estos son la legislación inexistente o ineficiente en un gran número de Estados, así como también su falta de aplicabilidad⁴². En suma, se debe tener presente que gran parte de la pérdida de biodiversidad ocurre por acciones al interior de los

40 BARRENA MEDINA, Ana María. *La protección de las especies silvestres: Especial tratamiento de la protección in situ* [en línea]. Tesis PhD, Facultad de Derecho, Universidad de Alicante (España), 2012. [14 marzo 2018]. p. 49

41 Notificado a las partes el 27 de Junio de 2017 por la Secretaría de la Convención. CITES. *Res. Conf. 12/10 (CoP 15), Registro de establecimientos que crían en cautividad especies de fauna incluidas en el Apéndice I con fines comerciales*. [en línea]. 2017. 8p. [Fecha de consulta: 14 marzo 2018]. Disponible en: <https://www.cites.org/sites/default/files/document/S-Res-12-10-R15.pdf>

42 HEMMING, p.101.

Estados, y por ello es fundamental que sean los Estados los llamados a proteger su fauna y flora silvestre, apoyándose de la cooperación internacional según las circunstancias.

CONCLUSIONES

Son las futuras generaciones quienes tienen igual derecho a participar, conocer y acceder a recursos de los que hoy disponemos, por ello es fundamental la preservación del patrimonio vivo con el objeto de propender a su permanencia y capacidad de reproducción, especialmente si son escasos o cumplen roles ecológicos importantes.

Efectivamente, así como se ha avanzado en la generación y protección de Derechos Humanos, es posible que algunas especies animales se vean favorecidas por principios universales como el de equidad intergeneracional, que además de estar presente en declaraciones internacionales o en el preámbulo de algunos tratados, ha traspasado a los ámbitos nacionales quedando plasmado en la jurisprudencia de los Estados, y en otros casos en el nivel constitucional.

En otro orden de ideas, el habeas corpus otorgado a Cecilia fue reconocido en algunos medios de prensa como histórico y en otros tildado de insólito, sin embargo más allá de la legitimidad de la acción, tema que no fue objeto de análisis, se observa que no es el único en el mundo, ni en la historia Argentina⁴³, puesto que hay precedentes de acciones similares para primates en Nueva York⁴⁴, en Brasil⁴⁵, entre otros⁴⁶.

En un inicio se consideró que la acción de habeas corpus en favor de un primate dejaba en mejor pie a estos animales respecto a otros animales silvestres protegidos, generando un trato desigual entre ellos, sin embargo, es a través de

43 La Orangután Sandra fue objeto de la acción de habeas corpus declarándola en primera instancia persona no humana (año 2015), pese a lo anterior la decisión fue revocada y a la fecha no se ha logrado trasladarla a un lugar con mejores condiciones.

44 Ha habido otros casos de habeas corpus en chimpancés –Tommy, 2014 y Hércules y Leo, 2015- no dándoles lugar. Sin embargo, la compañía a la cual pertenecían decidió que estos no siguieran siendo utilizados para experimentación.

45 Los demandantes, la organización Proyecto Grandes Primates pretendía con el habeas corpus liberar al chimpancé Jimmy del zoológico de la ciudad de Niterói, pero el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro determinó que no correspondía tal acción (2011). Un caso anterior se presentó el 2005, en que la chimpancé de nombre Suiza falleció en inexplicables circunstancias en el zoológico de Bahía, un día antes de la lectura del fallo.

46 Véase en CAMPUSANO DROGUETT, Raúl. Sentencia del Alto Tribunal que abre la posibilidad de reconocer derechos animales de acuerdo con doctrina del Derecho Internacional. *Actualidad Jurídica*. Julio 2017. XVIII, 36. p.433, quien se refiere mayormente a Hércules y Leo, entre casos que son mencionados.

la misma jurisprudencia y el fallo de la Corte Suprema de Colombia que vemos como se confirma un proceso ya iniciado en torno a la protección de los animales, especialmente los comprendidos en los fallos estudiados.

No existe regulación de la fauna silvestre como bienes comunes en los ordenamientos jurídicos nacionales, sin embargo se observa que esta sigue algunas de las características de los commons, vale decir son extinguidos, depredables, otorgan beneficios de carácter global, entre otras, razón por la cual debe limitarse su uso (o abuso), otorgándoles una protección adecuada, cuestión que no se ha logrado a través de leyes de protección animal, ni leyes de fauna silvestre, aunque sin duda contribuyen.

Este artículo meramente exploratorio solo intentó proponer una nueva mirada respecto a la fauna silvestre que merece ser protegida, pues también hay que distinguir que a lo largo de este trabajo no me he referido a todos los animales silvestres, sino a aquellos con la potencialidad de otorgar beneficios colectivos.

La protección del patrimonio natural no solo implica el resguardo de áreas geográficas y monumentos naturales, sino también de quienes las habitan, y sin lugar a dudas debe abrirse paso a la protección del patrimonio vivo, algo ya utilizado con personas en el ámbito de la cultura, pero no así con animales.

Respecto a CITES, este pone de relieve que el actuar cooperativo por parte de los Estados puede contribuir a la protección de la fauna silvestre, y pese a las deficiencias que pueda presentar, dadas principalmente por ser un instrumento de tipo comercial, hay quienes tienen una mirada optimista acerca de su contribución, con foco en la no extinción de algunas especies. Así también, cabe tener en cuenta el nuevo proceso de control ya comentado para la Convención, que ahora se extiende a centros de cría en cautividad.

Aquí se han presentado dos visiones acerca de la preservación de la fauna silvestre: por un lado e independiente al régimen de propiedad al que se encuentre sometida actualmente, esta tendría cabida como bien común y bajo tal arista podría proponerse un nuevo marco regulatorio para su no apropiación, debiendo el Estado ser un guardián en torno a su protección; y por otro lado, una perspectiva que también proviene del Derecho Internacional, pero que tal vez en ciertos aspectos se contraponga a la idea de los bienes comunes por el hecho de su comercialización, este fue el caso de CITES.

En definitiva, nuestra fauna constituye un recurso global, y en cautiverio o vida libre cumple grandes funciones que deben ser resguardadas; casos como el de la chimpancé Cecilia en Argentina o el Oso Chucho en Colombia corresponderían a -nuestro juicio- a formas de hacer justicia intergeneracional al interior de los Estados.

Por último, no siendo ajenos a otorgar mayor protección a los animales en su calidad de seres sintientes, se concuerda con los fallos en que esto no implica equiparlos a los humanos, sino de proporcionarles mejores condiciones de supervivencia, especialmente tratándose de fauna silvestre, relevante por su valor ecológico cuando viven en libertad, y que aún cuando estos pertenezcan a un zoológico cumplen roles relevantes de tipo cultural o científico, lo que sin duda nos lleva a recalcar que su resguardo se trata de un compromiso que debemos adquirir para la vida misma del hombre, como también para las futuras generaciones.

Recibido: 6 de abril de 2018.

Aprobado: 31 de julio de 2018.